عَقْدُ الزَّوَاجِ

وَالشُّرُوطُ الاتِّفَاقِيَّةُ

فِي ثَوْبٍ عَصْرِيٍّ جَدِيدٍ

تأليف
د. نَشْوَة العلواني

دار ابن حزم

١٣٤٥٢
ع ن ع

عَقْدُ الزَّوَاجِ

وَالشُّرُوطِ الإِتِّفَاقِيَّةِ

فِي ثَوْبٍ عَصْرِيٍّ جَدِيدٍ

بسم الله الرحمن الرحيم

عَقْدُ الزَّوَاجِ

وَالشُّرُوطُ الاتِّفَاقِيَّةُ

فِي ثَوْبٍ عَصْرِيٍّ جَدِيدٍ

تأليف

د. نشوة العلواني

دار ابن حزم

حُقُوقُ الطَّبْعِ مَحْفُوظَةٌ
الطَّبْعَةُ الأولىٰ
١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م

الكتب والدراسات التي تصدرها الدار
تعبر عن آراء واجتهادات أصحابها

دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع
بيروت - لبنان - ص.ب: ١٤/٦٣٦٦ - تلفون: ٧٠١٩٧٤

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

المقدمة

وأفضل الصلاة وأتمّ التسليم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

أما بعد...

فإنَّ الحمد لله دائماً وأبداً، وأنَّ الحمد لله في كل فعل وقول ومقصد، هو الواهب والمنعم عليّ بهذه النعمة التي اختص بها أولي القرب منه، ألا وهي الكتابة في سبيل الله، وإعلاء كلمته، والدعوة إليه، وتعريف الناس بفقهه وشرع الله الكريم، وسنة رسوله ﷺ، إصلاحاً لشأنهم، وإحقاقاً للحق والعدل في معاملاتهم وأنكحتهم.

ولقد منَّ الله علي، فأنهيت كتابة «**أحكام المرأة المسلمة بين الفقه والقانون**» وأردت منه أن يكون عامّ النفع، حديث النظرة، موضوعي الحكم. عصري الفكرة. وقد وفقّني الله تعالى لذلك فله الحمد وله الشكر، ولكنني رأيت أنَّ عقد الزواج يحتاج إلى نظرة تخصيصية في ناحية فهم موضوعه وخصائصه، وما يقبل فيه من الشروط الاتفاقية، وما لا يقبل، خاصة وأنَّ هذا الموضوع كبير الشأن في حياتنا، فكثيراً ما تتنازل المرأة عن حقها مقابل الخلاص من شقاء وعذاب، وتخرج وليس لها في الدنيا ما يعينها، غافلة عن حقها، متنازلة عما أعطاها الله إياه من الحقوق.

ولقد أردت أن تعلم الفتيات المقبلات على الزواج حكم هذا العقد

ومدى توسع الشرع في الاشتراط فيه، وحكم الفقهاء في ذلك، وعرفتها على حكم القانون، وقدرته على استيعاب الشروط في عقد الزواج راجية الخير والفائدة، ورفع الجهل والظلم المحدق بالمرأة التي غالباً ما يكون صداقها بضعة دراهم ليس لها قيمة في وقتنا الحاضر وكل ما أستطيع أن أمدّ يد العون بقلمي، لعلي أرفع ظلماً متأصلاً عبر القرون والأجيال. وأردّ حقاً تخاف المرأة من التفكير بالمطالبة به ظانّة أن ذلك ليس من حقها.

أرجو من الله تعالى التوفيق والسداد، حتى أصل إلى بحثٍ وافٍ لكل المشكلات مستمدة من الشرع الحنيف الأحكام والأدلة والبراهين، والله وراء المقصد والسبيل وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

نشوة العلواني

٢٠٠٠/٨/٩م

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

خطة الكتاب

الباب الأول: مقصد الشارع من العقود المشروعة.

الفصل الأول: تعريف العقد في اللغة وفي اصطلاح الفقهاء.

الفصل الثاني: تكوين عقد الزواج ـ خصائصه ـ ماهية الشروط الواجب توافرها لانعقاده وترتب آثاره.

الفصل الثالث: مدى حرية المتعاقدين في إنشاء العقود والشروط ـ سلطان الإرادة العقدية ـ رأي القانون.

الفصل الرابع: الشروط المقترنة بالعقد ـ رأي القانون ـ أثر الشروط في عقد الزواج ـ وأنواع الشروط ـ رأي القانون.

الباب الثاني: تحليل كامل للاجتهادات الفقهية التي تمسكت بمقتضى العقد.

الفصل الأول: الاجتهادات التي تمسكت بمقتضى العقد.

الفصل الثاني: مزايا المذهب الحنبلي في سلطان الإرادة العقدية.

الفصل الثالث: دراسة لأدلة الشروط في المذاهب الفقهية والأصولية الرد عليها.

الباب الثالث: حكم الشروط الاتفاقية في عقد الزواج.

الفصل الأول: أثر الشروط الاتفاقية عقد الزواج أهمية التوسع بها في وقتنا الحاضر.

المبحث الأول: الشروط الاتفاقية في عقد الزواج مذهب الحنابلة وجه الاستدلال.

المبحث الثاني: الشروط المقترنة بعقد الزواج في قوانين البلاد العربية الرد على قول الأستاذة زينب جمعة.

الفصل الثاني: قاعدة التعويض على الضرر.

المبحث الأول: تفويت البضع.

الفصل الثالث: أنواع من الأنكحة المشروطة الفاسدة.

المبحث الأول: نكاح المتعة.

المبحث الثاني: النكاح المؤقت.

المبحث الثالث: نكاح الشغار.

المبحث الرابع: نكاح المحلل الفرق بين نكاح التحليل ونكاح المتعة.

الفصل الرابع: نتائج البحث وأهم توصياته.

الباب الأول
مقصد الشارع من العقود المشروعة

الفصل الأول:
تعريف العقد في اللغة وفي اصطلاح الفقهاء

المبحث الأول

تعريف العقد:

العقد في اللغة: الربط والشد، والضمان والعهد، قال ابن منظور: عقد الحبل والبيع والعهد شدّه(١).

ويطلق أيضاً على الجمع بين أطراف الشيء، يقال: عقد الحبل إذا جمع أحد طرفيه على الآخر وربط بينهما. ومنه عقدة النكاح. أي: إحكامه وإبرامه، والجمع: عقود، ومنه قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١]، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعۡزِمُواْ عُقۡدَةَ ٱلنِّكَاحِ﴾ [البقرة: ٢٣٥] أي: لا تعزموا عقدة النكاح حال العدّة.

وفي اصطلاح الفقهاء يطلق على معنيين:

١ ـ **المعنى العام**: وهو كل ما يعقده الشخص أن يفعله هو، أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه(٢)، وعلى ذلك فالبيع والنكاح وسائر

---

(١) لسان العرب: ابن منظور: ٢٩٦/٣، عقد.

(٢) أحكام القرآن للجصاص: ٢٩٤/٢، ٢٩٥.

عقود المعاوضات تسمى عقداً، وسمي اليمين على المستقبل عقداً لأن الحالف قد ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من الفعل أو الترك، وكذلك العهد والأمان لأن معطيها قد ألزم نفسه الوفاء بها، وكذا كل ما شرط الإنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد، وكذلك النذور وما جرى مجرى ذلك[1].

ومن هذا الإطلاق العام قول الألوسي في تفسر قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ﴾ حيث قال: المراد بها يعم جميع ما ألزم الله عباده، وعقد عليهم من التكاليف والأحكام الدينية وما يعتدونه فيما بينهم من عقود الأمانات والمعاملات ونحوهما مما يجب الوفاء به[2].

٢ ـ **المعنى الخاص**: وبهذا المعنى يطلق العقد على ما ينشأ عن إرادتين لظهور أثره الشرعي في المحل. قال الجرجاني: العقد ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول[3].

وعرّفه الزركشي: ارتباط الإيجاب بالقبول الالتزامي كعقد البيع والنكاح[4].

وموضوع بحثنا هو العقد بالمعنى الخاص، وعقد الزواج بصفة أخص.

وأركان العقد هي الإيجاب والقبول، والصيغة، والمحل الذي يقع عليه الإيجاب والقبول وهو المعقود عليه. ولكل من هذه الأركان شروط لا بدّ لوجود العقد الشرعي من توافرها فعقد النكاح لا يصحّ فيه إلا لفظ التزوج والتزويج أو ما اشتق منها.

وذهب الشافعي: إلى أنه لا يصحّ إلا بكل لفظ اشتق من النكاح. قال الشربيني: ولا يصحّ إلا بلفظ اشتق من لفظ التزويج أو الإنكاح دون لفظ

---

(١) الموسوعة الفقهية: ١٩٨/٣.

(٢) روح المعاني للألوسي: ٤٨/٦.

(٣) التعريفات: الجرجاني: ١٩٦ (٩٨٣) العقد.

(٤) المنثور في القواعد: الزركشي: ٣٩٧/٢.

الهبة والتمليك ونحوهما كالإحلال والإباحة، لأنه لم يذكر في القرآن سواهما، فوجب الوقوف معهما تعبداً واحتياطاً، لأن النكاح ينزع إلى العبادات لورود الندب فيه، والأذكار في العبادات تتلقى من الشرع[١].

وقال الحجاوي من الحنابلة: ولا يصحّ إيجاب إلا بلفظ أنكحت أو زوجت، ولا يصحّ قبول لمن يحسنها إلا بقبلت تزويجها أو نكاحها، أو رضيت هذا النكاح، أو قبلت فقط[٢].

أما الحنفية والمالكية، فلا يشترطون في عقد الزواج هذين اللفظين، فيصحّ عندهما بكل لفظ يدل على التأبيد مدة الحياة، كأنكحت وملكت، إذا قُرن بالمهر دلّ اللفظ على الزواج[٣].

والألفاظ قائمة عندهم على خلاف أساسي مقصدي هو: هل العقود تعتبر بالنيّة والقصد مع اللفظ المشعر بها، أم أنها تعتمد على المقاصد والمعاني لا على الألفاظ والمباني وسنرى اختلاف الفقهاء في هذه النظرية.

فالمالكية: قالوا: إنَّ العقود كلها إنما هي بالنيّة والقصد مع اللفظ المشعر بها أو ما يقوم مقامه من إشارة وما شابهها، وقد توسعوا في الأخذ بالمعنى في بعض العقود حتى أجازوا البيع بالمعاطاة[٤]، وقالوا: كل ما عدّه الناس بيعاً فهو بيع، وشددوا في عقد الزواج واشترطوا فيه اللفظ الدال عليه، ولكن لم يشترطوا فيه لفظ النكاح أو الزواج، وقالوا: ينعقد بكل لفظ يقتضي التمليك على التأبيد، كالنكاح والتزويج والتمليك والبيع والهبة ونحوها، وقالوا: إن قصد باللفظ النكاح صحّ[٥].

---

(١) مغني المحتاج: ١٤٠/٣.

(٢) الإقناع: ١٦٧/٣.

(٣) حاشية ابن عابدين: ٢٦٨/٢.

(٤) بيع المعاطاة: هو تبادل الثمن والمبيع دون تلفظ بإيجاب أو قبول. الفقه الإسلامي وأدلته: ٢٩٣٧/٤.

(٥) الفروق: القرافي: ٣٩/١.

أما الشافعية: فلم يأخذوا بترجيح المعاني على الألفاظ في العقود، كأصل متفق عليه بل ذكروا في الأخذ به خلافاً.

وأما الحنابلة: فقد أخذوا بهذه القاعدة، ورجحوا المقاصد والمعاني على الألفاظ والمباني في أكثر العقود مع بعض الاستثناءات.

يقول ابن القيم: من تدبّر مصادر الشرع وموارده تبيّن له أنَّ الشارع ألغى الألفاظ التي لم يقصد المتكلم بها معانيها بل جرت على غير قصد منه، كالنائم والناسي والسكران والجاهل والمكره والمخطىء من شدة الفرح أو الغضب أو المرض، ونحوهم ولم يكفر من قال من شدة فرحه براحلته بعد يأسه منه: **«اللهمَّ أنت عبدي وأنا ربك»**[1]، فكيف يعتبر الألفاظ التي يقطع بأن مراد قائلها خلافها[2].

ويقول في موضع آخر: المقصود أنَّ المتعاقدين، وإن أظهرا خلاف ما اتفقا عليه في الباطن فالعبرة لما أضمراه، واتفقا عليه، وقصداه بالعقد.

ويقول: إنَّ القصد روح العقد ومصححه ومبطله، فاعتبار المقصود في العقود أولى من اعتبار الألفاظ، فإنَّ الألفاظ مقصودة لغيرها، ومقاصد العقود هي التي تراد لأجلها، فعلم أنَّ الاعتبار في العقود والأفعال بحقائقها ومقاصدها دون ظواهر ألفاظها وأفعالها[3].

قال ابن رجب الحنبلي: إذا وصل بألفاظ العقود ما يخرجها عن موضوعها فهل يفسد العقد بذلك، أو يجعل كناية عما يمكن صحته على ذلك الوجه؟ فيه خلاف يلتفت إلى أنَّ المُغَلّب هل هو اللفظ أو المعنى، ويتخرج على ذلك مسائل.

والعقود كلها تصرفات قولية يشترط فيها، لتكون سبباً للملكية شرائط من أهمها الأهلية والاختيار.

---

(١) أخرجه مسلم: ٢١٠٤/٤.
(٢) المنثور من القواعد: ٣٧١/٢، أعلام الموقعين: ١٠٧/٣.
(٣) أعلام الموقعين: ١٠٦/٣، ١٠٧.

فالإكراه على العقد يسلبه حكمه، ونقص الأهلية، كما في عقود الصغار، يؤثر في نتائجها، والعقود بصورة عامة هي من أعظم أسباب الملكية، وأعمّها وقوعاً وأهمها شأناً في الاعتبارات المدنية والوزن القانوني، لأن بها يتجلى الإدراك والنشاط الإنساني في المضمارين الاقتصادي والحقوقي والعقود تستلزمها حاجات الإنسان في معظم حركاته وحياتيه اليومية.

والعقد من أهم الظواهر المدنية، ومقاييس حرمة الإرادة وحريتها[1].

والتشريع الإسلامي لم يتقيد بشيء من الشكليات التي لا دخل لها في تحقق معنى العقد بين طرفيه إلا إذا كان لها مساس بالغاية المقصودة من العقد، كاشتراط القبض في عقد التبرع والرهن، أو إذا كانت تتوقف عليها مصلحة ذات بال، كاشتراط الشهود في عقد النكاح حتى لا يكون الاجتماع والمعاشرة على أساس مريب غريب غير مشروع، ولكي يتميز عن السفاح.

كذلك سوّى التشريع الإسلامي بين الرجل والمرأة في حرية العقود، واحترام الإرادة في تصرفات الإرادة، من معاوضات، وتبرعات، والتزامات، ونكاح ولا يعرف تشريع سبق التشريع الإسلامي في مضمار تحرير العقود من قيود شكلياتها المثقلة[2].

تعريف العقد في مجلة الأحكام العدلية:

العقد كما عرفته مجلة الأحكام العدلية (م /١٠٣ ـ ١٠٤) هو:

ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله.

وفي تعريف القانون هو: اتفاق إرادتين على إنشاء حق أو على نقله أو على إنهائه[3]، والمقصود بالتعريفين الفقهي والقانوني متقارب، غير أنَّ

---

(١) المدخل الفقهي العام: الأستاذ مصطفى الزرقا: ٣٨٦/١.
(٢) المدخل الفقهي العام: أستاذنا المرحوم مصطفى الزرقا: ٣٨٨/١.
(٣) نظرية العقد: السنهوري: ٧٧، ٨٠.

التعريف الأول الفقهي أحكم منطقاً، وأدقّ تصوراً، والثاني القانوني أوضح تصويراً وتعبيراً.

والعقد قانوناً يلتقي مع هذا التعريف الفقهي الثاني عند الفقهاء، وهو: «توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني من إنشاء التزام أو نقله، أو تعديله أو إنهائه» فإنشاء الالتزام كالبيع والإجارة، ونقله كالحوالة، وتعديله كتأجيل الدَّين، والإبراء من الدَّين، وفسخ الإجارة قبل أوانها، فالتعريفان متقاربان[1] . . .

وهذا التعريف وإن كان واضحاً سهلاً، إلا أنَّ تعريف الفقهاء في نظر الشرعيين أدقّ لأن العقد ليس هو اتفاق الإرادتين ذاته، وإنما هو الارتباط الذي يقرّه الشرع، فقد يحدث الاتفاق بين الإرادتين، ويكون العقد باطلاً لعدم توافر الشروط المطلوبة شرعاً، فالتعريف القانوني يشمل العقد الباطل.

ثم إنَّ مجرد توافق الإرادتين بدون واسطة للتعبير عنهما من كلام أو إشارة أو فعل لا يدلّ على وجود العقد، وتظل الإرادة حينئذٍ أمراً خفياً غير معروف، وبذلك يشمل التعريف القانوني الوعد بالعقد مع أنه ليس بعقد[2].

والعقد في القانون المدني أحد أنواع الاتفاق، فليس كل اتفاق عقداً، وإنما يتخصص العقد بما يمثل التعارض بين مصلحتين، وإنما ينصب على محل وقتي يستنفذ وينتهي بالتنفيذ مرة واحدة لأن محل العقد هو وضع مستمر دائم، وليس وضعاً وقتياً يستنفذ مرة واحدة.

وأما العقد في الفقه الإسلامي فلا يعرف هذا التخصيص، فالزواج عقد، والإسلام عقد، والذمة عقد، مع أنها نظم دائمة، وقد لا تقوم على تحكيم المصلحة الشخصية.

والعقد في الإسلام: هو دائماً انضمام لنظام موجود من قبل، هو النظام النوعي للعقد المبرم الذي وضعه الشرع ليسير عليه الناس، وما على الأفراد إلا التقيد التام بأحكام الشرع التي نظم العقود عليها.

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته: ٢٩١٩/٤.

(٢) الوسيط للسنهوري: ص١٣٨، الفقه الإسلامي وأدلته: ٢٩١٩/٤.

والخلاصة: أنَّ العقد في القانون أداة لإدراك مصلحة ذاتية شخصية لكل من المتعاقدين، وأما في الإسلام فهو معدّ لإدراك مقاصد شرعية عامة[1].

والتعريف الفقهي: يجعل الإرادتين خفيتّين، وطريق إظهارهما التعبير عنهما، وهو في العادة بيان يدل عليهما بصورة متقابلة من الطرفين المتعاقدين، ويسمى هذا التعبير المتقابل: إيجاباً وقبولاً.

فالإيجاب: هو أول بيان يصدر من أحد المتعاقدين، معبراً عن جزم إرادته في إنشاء العقد أيّاً كان هو البادىء منهما[2].

وأما القبول: فهو ما يصدر من الطرف الآخر بعد الإيجاب والقبول، معبراً عن موافقته عليه.

فالبادىء بعبارته في بناء العقد دائماً هو الموجب، والآخر هو القابل، سواء أكان البادىء مثلاً في عقد البيع هو البائع بقوله: بعت، أو المشتري: بقوله اشتريت، فأول تعبير عن الإرادة العقدية من أحد الطرفين هو الإيجاب، وثانيهما من الطرف الآخر هو القبول، فمتى حصل الإيجاب والقبول بشرائطهما الشرعية اعتبر بينهما ارتباط هو في الحقيقة ارتباط بين الشخصين بموضوع العقد (وهو الأثر المقصود منه الذي شرع العقد لأجله) أي: حكمه الشرعي، فيصبح كل منهما ملزماً بالحقوق التي التزمها بمقتضى عقده تجاه الطرف الآخر.

فالإيجاب والقبول إذا صدرا كل منهم من عاقد ذي أهلية شرعية لعقد البيع أو غيره يرتبطان في نظر الشرع ارتباطاً يثبت له أثر في محل العقد، وهو الأموال التي يقصد المتعاقدان تبادل الحقوق فيها، وذلك الأثر هو انتقال ملكية المال المبيع إلى المشتري، واستحقاق البائع الثمن.

فالمبيع هو محل العقد، وحق الاحتباس موضوع العقد، وهو الغاية النوعيّة التي تميزه عن غيره من أنواع العقود، ثم بعد الانعقاد تثبت هذه الغاية فتكون حكماً شرعياً للعقد الواقع، أي: أثراً أصلياً يرتبه الشرع،

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته: ٤/٢٩٢٠.

(٢) المدخل الفقهي العام، أستاذنا مصطفى الزرقا: ١/٣٨٢.

ويثبته في محل العقد وهكذا يقال في كل عقد[1].

وهكذا فالتعريف الفقهي للعقد قد امتاز في تصوير الحقيقة العقدية ببيان الأداة العنصرية المكونة للعقد، أي: الأجزاء التي يتركب منها في نظر التشريع، وهي الإيجاب والقبول، فاتفاق الإرادتين في ذاته لا يعرف وجوده، وإنما الذي يكشف عنه هو الإيجاب والقبول اللذان يعتبران عناصر العقد الظاهرة بما فيهما من إعراف تحرك كل من الإرادتين نحو الأخرى وتلاقيهما وفاقاً[2].

فهذا التحرك والتلاقي هو المعوّل عليه في معنى الانعقاد، إذ قد تكون إرادتان متفقتين على التعاقد، ولا تتحرك إحداهما نحو الأخرى فلا يكون عقد، كما في حالة الوعد في البيع والتعريف القانوني يشمله، لذا فالتعريف القانوني غير مانع، وتعريف فقهائنا أدق تصوراً وأحكم منطقاً.

المبحث الثاني

موضوع العقد:

وموضوع العقد يتحد في الحقيقة مع عبارتي: المقصد الأصلي للعقد، وحكم العقد، فهذه المصطلحات يمثل كل واحد منها وجهاً لحقيقة من وجهة نظر الشارع، قبل إيجاد العقد سميت مقصداً أصلياً للعقد أي مآل العقد، وإذا نظر إلى هذه الحقيقة من وجهة نظر الشارع بعد وجود العقد سميت حكم العقد أي الأثر المترتب عليه، وإذا لاحظنا المرحلة المتوسطة التي تقع إبان التعاقد أي بين مرحلة إيجاده وتمامه فتسمى هذه الحقيقة موضوع العقد.

والمقصد الأصلي للعقد في الشريعة ربما يلتقي في بعض الخصائص مع المفهوم التقليدي للسبب عند القانونيين، وهو الذي لم تأخذ به قوانيننا

(١) المدخل الفقهي العام: ١/٣٨٢، ٢٨٣.

(٢) المدخل الفقهي العام: ١/٣٨٤.

العربية في سورية ومصر وليبيا وغيرها، وهو المسمى السبب الفني للالتزام، وهو السبب القريب المجرد الذي يكون واحداً في كل الالتزامات التي من نوع واحد، وهو لازم لنشوء الالتزام ولاستمراره[١].

فكل من المقصد الأصلي والسبب الفني موضوعي وواحد في العقد، ففي عقد البيع مثلاً السبب الفني لالتزام البائع بنقل ملكية البيع، هو التزام المشتري بدفع الثمن والمقصد الأصلي لعقد البيع: هو نقل الملكية بعوض، أي: أنَّ السبب الفني هو واحد في كل التزام بنقل الملكية، لا يختلف من التزام إلى آخر بحسب اختلاف الأشخاص فسبب التزام البائع نقل الملكية هو رغبته في الحصول على ثمن ما باع. وكذلك المقصد الأصلي هو واحد في النوع الواحد من العقود لا يختلف إلا باختلاف نوع العقد[٢]، لكن الفرق بين السبب الفني والمقصد الأصلي، هو أنَّ السبب الفني ملازم لإرادة العاقد الخاصة، وإن كان متميزاً عنها، أما المقصد الأصلي فهو في الأصل منفك عن الإرادة الخاصة للعاقد. غير متلازم معها، وإنما هو متلازم مع إرادة الشارع فالسبب في الفقه الإسلامي هو المقصد الأصلي للعقد، أي: أنَّ السبب هو مجموع الآثار المتولدة، فإذا كانت هذه الآثار سليمة، ذات محل مشروع كان العقد صحيحاً، وإلا كان العقد باطلاً، وهذه الآثار هي التي دفعت العاقد إلى التعاقد.

وإذا التقى السبب الفني مع المقصد الأصلي في الشريعة في بعض الخصائص لا يعني أنَّ أحدهما هو بمعنى الآخر، لأن السبب الفني هو سبب الالتزام، وسبب الالتزام يختلف عن سبب العقد، ففي العقود المتبادلة سبب الالتزام ونقل الملكية هو التزام المشتري لدفع الثمن في عقد البيع مثلاً.

وهذا المعنى للسبب المدني يختلف عن المقصد العام للعاقد في الشريعة، إذ المعتبر في جميع العقود التي تبرم من نوع واحد، فالبيوع كلها مقصدها واحد هو المقصد العام لهذا النوع من العقد، وهو يختلف عن السبب الفني، لأن الثاني خاضع لإرادة العاقد والمقصد النوعي خاضع لإرادة الشرع.

---

(١) التعبير عن الإرادة: وحيد الدين سوار: ف٥٣٤.

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته: ٣٠٣١/٤.

والسبب الفني يختلف عن الباعث، لأن الأول هو الفرض الدافع والمباشر الذي التزم المدين من أجله، والباعث: هو ما قبل ذلك من الدوافع، وإذا كان الفقه الإسلامي لا يعتد بالسبب الفني في المفهوم التقليدي للسبب عند القانونيين، فإنه يتوصل إلى الدور نفسه الذي يقوم به السبب الفني من ناحيتين: أولاهما: من طريق تحديد شرائط العقد والمحل، كعنصر نشوء أو تكوين، وثانيهما: من طريق فكرة التعادل في التبادل كعنصر تنفيذ[1].

السبب في النظرية الحديثة عند القانونيين:

السبب في القضاء اليوم والذي أخذت به القوانين المدنية العربية في سوريا م١٣٧ ـ ١٣٨، وفي مصر م١٣٦ ـ ١٣٧، وهو المسمى سبب العقد، أو السبب المصلحي، أو الباعث الذاتي، الذي دفع العاقد إلى العقد، والسبب بهذا المعنى ليس عنصراً موضوعياً، وإنما يختلف في النوع الواحد من الالتزامات باختلاف الأشخاص، فهو إذن عنصر شخصي، غير ثابت، بعكس السبب الفني الذي يُعد عنصراً موضوعياً ثابتاً في النوع الواحد من الالتزام.

وإذا كانت وظيفة السبب الفني أو التقليدي: هي سلامة الالتزام من الناحية الفنية، فوظيفة سبب العقد أو السبب في النظرية الحديثة: هي منع صحة عقد يُبتغى بوسائل مشروعة للوصول إلى نتائج غير مشروعة، فيه تتحقق مصلحة المجتمع، وهي حماية الأخلاق أو النظام العام، أي أنَّ السبب المصلحي يتضمن فكرة الجزاء على خطأ وهو إرادة المتعاقدين تحقيق غاية غير مشروعة[2].

موقف الفقهاء من نظرية السبب بالمعنى الحديث (الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة):

هناك اتجاهان:

١ ـ اتجاه يغلّب النظرة الموضوعية: وهو مذهب الحنفية والشافعية

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته: ٤/٣٠٣٢.

(٢) مصادر الحق السنهوري: ٤/٥١.

الذين يأخذون بالإرادة الظاهرة في العقود، لا بالإرادة الباطنة، أي: أنهم حفاظاً على مبدأ استقرار المعاملات لا يأخذون بنظرية السبب أو الباعث لأن فقههم ذو نزعة موضوعية بارزة، والسبب أو الباعث الذي يختلف باختلاف الأشخاص وهو عنصر ذاتي داخلي قلق يهدد المعاملات(1).

ولا تأثير للسبب أو الباعث على العقد إلا إذا كان مصرحاً به في صيغة التعاقد، أي: تضمنت الإرادة الظاهرة كالاستئجار على الغناء والنوح، فإذا لم يصرّح به بأن كانت الإرادة الظاهرة لا تتضمن باعثاً غير مشروع، فالعقد صحيح لاشتماله على أركانه الأساسية من إيجاب وقبول وأهلية المحل محكم العقد، ولأنه قد لا تصل المعصية بعد العقد، ولا عبرة للسبب أو الباعث في إبطال العقد، أي: أنَّ العقد صحيح في الظاهر، دون بحث في النيّة أو القصد غير المشروع، لكنه مكروه وحرام بسبب النية غير المشروعة(2).

٢ ـ **وأما الاتجاه الثاني**: فهو مذهب المالكية والحنابلة والشيعة: الذين ينظرون إلى القصد والنية والباعث، فيبطلون التصرف المشتمل على باعث غير مشروع بشرط أن يعلم الطرف الآخر بالسبب غير المشروع، أو كان بإمكانه أن يعلم بذلك، بالظروف والقرائن التي تدل على القصد الخبيث، كإهداء العدو هدية لقائد الجيش، والإهداء للحكام والموظفين، فذلك مقصود به الرشوة، وهبة المرأة مهرها لزوجها بقصد استدامة الزواج، فإن طلقها بعدئذ، كان لها الرجوع فيما وهبت.

هذا الاتجاه يأخذ تقريباً بنظرية السبب أو بمذهب الإرادة الباطنة في الفقه اللاتيني مراعاة للعوامل الأدبية والخلقية والدينية، فإن كان الباعث مشروعاً فالعقد صحيح. وإن كان غير مشروع فالعقد باطل حرام، لما فيه من الإعانة على الإثم والعدوان.

---

(١) مختصر الطحاوي: ٢٨٠، البدائع: ١٨٩/٤، المهذب: ٢٦٧/١.

(٢) المصادر السابقة.

قال الشوكاني: لا خلاف في تحريم بيع العنب لمن يعصره خمراً في حال القصد، وتعمد البيع إلى من يتخذه خمراً، وأما مع عدم القصد والتعمد للبيع، فذهب جماعة من أهل العلم إلى جوازه مع الكراهة، ما لم يعلم أنه يتخذه لذلك(١).

وبناءً عليه قال المالكية والحنابلة، ومن وافقهم ببطلان العقود السابقة، وأضاف لها المالكية أنهم لا يجيزون بيع أرض بقصد بناء كنيسة، أو بيع خشب بقصد صنع صليب، أو شراء عبد بقصد أن يكون مغنياً، أو استئجار كراريس فيها عبارات النوح، وبيع ثياب حرير لمن يلبسها.

وعدم صحة بيع العنب للخمار، والسلاح للأعداء، فلأنه أعانه على الحرام، أو عقد على شيء لمعصية الله به فلا يصح، وأما فساد زواج المحلل فلأنه يتنافى مع أغراض الزواج السامية، وهو أنه عقد مؤبد قصد به تكوين أسرة دائمة، وهذا الزواج اتخذ لتحليل المطلقة ثلاثاً لزوجها الأول في وضع مؤقت، فهو حيلة لرفع تحريم مؤبد وهو مقصد غير مشروع، وأما فساد بيع العيّنيه، فلأنه اتخذ البيع حيلة لتحليل التعامل بالربا، ولم يكن الغرض الحق هو البيع والشراء، فهو وسيلة لعقد محرم غير مشروع فيمنع سداً للذرائع المؤدية إلى الحرام(٢).

هذا الاتجاه يؤيد النظرية الآخذة بنظرية السبب التي تتطلب أن يكون السبب مشروعاً فإن لم يكن سبب العقد مشروعاً فلا يصح العقد.

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته: ٣٠٣٦/٤، ٣٠٣٧.

(٢) نيل الأوطار: ١٥٤/٥.

الفصل الثاني

- تكوين عقد الزواج
- الحكم الشرعي للزواج
- شروط صحة الزواج
- العقد الفاسد والعقد الصحيح

المبحث الأول

تعريف الزواج:

النكاح لغة: الضم والجمع، أو عبارة عن الوطء والعقد جميعاً، وهو في الشرع عقد التزويج، والزواج شرعاً: عقد يتضمن إباحة الاستمتاع بالمرأة بالوطء والمباشرة إذا كانت المرأة غير محرم بنسب أو رضاع أو صهر. أو هو عقد وصفه الشارع ليفيد ملك استمتاع الرجل بالمرأة، وحل استمتاع المرأة بالرجل، أي: أنَّ أثر هذا العقد بالنسبة للرجل يفيد الملك الخاص به فلا يحلّ لأحد غيره، وأما أثره بالنسبة للمرأة فهو حلّ الاستمتاع لا الملك الخاص بها، لأنه يجوز تعدد الزوجات فيصبح الملك حقاً مشتركاً بينهن، أي: أنَّ تعدد الأزواج ممنوع شرعاً، وتعدد الزوجات جائز شرعاً[1].

وعرّفة الحنفية بقولهم: عقد يفيد ملك المتعة قصداً، أي: حل استمتاع الرجل من امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي بالقصد المباشر.

وعرّفه بعض الحنفية: بأنه عقد وضع لتمليك منافع البضع أي: الفرج.

(١) الفقه الإسلامي وأدلته: ٩/٦٥١٣.

هل المقصود بالنكاح الوطء أم العقد؟

النكاح عند الأصوليين هو الوطء، مجاز في العقد، فحيث جاء في الكتاب أو السنة مجرداً عن القرائن يراد به الوطء، كما في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٢٤].

والنكاح عند الفقهاء ومنهم المذاهب الأربعة حقيقة في العقد: مجاز في الوطء، لأنه المشهور في القرآن والأخبار، وقد قال الزمخشري: ليس في الكتاب لفظ النكاح بمعنى الوطء إلا قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠] وفي الحديث الصحيح: «**حتى تذوقي عسيلته**»(١)، أما المراد به العقد، والوطء مستفاد من هذا الخبر(٢).

والزواج مشروع بالكتاب والسنة، لقوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ﴾ [النور: ٣٢]، وأما السنّة فقوله ﷺ: «**يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر، وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء**»(٣) وغير ذلك من الآيات والأحاديث.

وحكم الزواج شرعاً بحسب أحوال الناس من الفرضية والاستحباب والتحريم والكراهة.

أركان الزواج:

الركن عن الحنفية: ما يتوقف عليه وجود الشيء، ويكون جزءاً داخلاً في حقيقته.

والشرط عندهم: ما يتوقف عليه وجود الشيء، ولم يكن جزءاً من حقيقته.

---

(١) سبل السلام: ١٠٩/٣.

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته: ٦٥١٥/٩.

(٣) سبل السلام: ١٠٩/٣.

وركن الزواج: هو الإيجاب والقبول أي الصيغة، وجود الزوج، وجود الزوجة، وأما المهر فهو شرط كالشهود فلا يتوقف عليه العقد، وجعل الشهود والمهر ركناً اصطلاح لبعض الفقهاء. بدليل جواز نكاح التفويض، وأما الشهود فشرط أيضاً.

وعقد الزواج كعقد البيع، فيه إيجاب وقبول: وهو ما يصدر عن أحد العاقدين أولاً سواء كان الزوج أو الزوجة، والقبول ما يصدر ثانياً من الطرف الثاني.

وعند الجمهور: الإيجاب هو اللفظ الصادر من قبل الولي أو من يقوم مقامه كوكيل.

وقد نصّ القانون السوري (م٥) على أنه: ينعقد الزواج بإيجاب من أحد العاقدين وقبول من الآخر.

والذي يهمنا في البحث هو شروط الزواج.

والشرط كما بيّنت سابقاً: هو ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون خارجاً عن حقيقته وشروط كل عقد ومنها الزواج أربعة:

شروط الانعقاد: هي التي يلزم توافرها في أركان العقد، وإذا تخلف شرط منها كان العقد باطلاً بالاتفاق.

شروط الصحة: هي التي يلزم توافرها لترتب الأثر الشرعي على العقد، فإذا تخلف شرط منها كان العقد عند الحنفية فاسداً، وعند الجمهور باطلاً.

شروط النفاذ: هي التي يتوقف عليها ترتب أثر العقد عليه بالفعل بعد انعقاده وصحته فإذا تخلف شرط منها كان العقد عند الحنفية والمالكية، موقوفاً.

شروط اللزوم: هي التي يتوقف عليها استمرار العقد وبقاؤه، فإذا تخلف شرط منها، كان العقد (جائزاً) أو (غير لازم) وهو الذي يجوز لأحد العاقدين أو لغيرهما فسخه.

وسنذكر هذه الشروط باختصار:

شروط العقد شرطان:

أ ـ أهلية التصرف وذلك بالتميز، أما البلوغ فهو شرط نفاذ عند الحنفية.

ب ـ سماع كلام الآخر، بأن يسمع كل من المتعاقدين لفظ الآخر ولو حكماً لا يشترط عند الحنفية توافر حقيقة الرضا، فيصبح الزواج مع الإكراه والهزل.

شروط المرأة، شرطان:

١ ـ أن تكون أنثى متحققة الأنوثة، ليست مشكل ولا خنثى.

٢ ـ أن لا تكون محرمة على الرجل تحريماً قاطعاً لا شبهة فيه، لأن الزواج في هذه الحالات باطل.

شروط صيغة العقد:

١ ـ اتحاد المجلس، بأن يكون العاقدان حاضرين، والمعول عليه في الحد الفاصل بين اتحاد المجلس واختلافه هو العرف، وفي حال الغيبة يمكن الكتابة فمتى وصل الكتاب وقرىء، فمجلس القراءة هو اتحاد المجلس، وكذا يقال في وسائل الاتصال الحديثة كالانترنيت والبريد الالكتروني وغيرها.

٢ ـ توافق الإيجاب مع القبول ومطابقته له في محل العقد، ومقدار المهر، فإن لم يذكر المهر، فيجب في مثل هذه الحالة مهر المثل.

٣ ـ توافق الإيجاب مع القبول ومطابقته له في محل العقد، وفي مقدار المهر، فلا ينعقد الزواج، وسبب عدم الانعقاد، بأن المهر وإن لم يكن ركناً، فإن المهر إذا التحق بالإيجاب صار ركناً منه، فيلزم أن يأتي القبول على وفق الإيجاب حتى ينعقد العقد.

٤ ـ بقاء الموجب على إيجابه، أي: يشترط عدم رجوع الموجب عن

الإيجاب قبل قبول العاقد الآخر، فإن رجع بطل الإيجاب، ولم يجد القبول شيئاً يوافقه.

٥ ـ التنجيز في الحال: فلا يجوز في المذاهب الأربعة إضافته إلى المستقبل، كأن تزوجتك غداً، أو بعد غد، أو معلقاً على شرط غير كائن، لأن عقد الزواج من عقود التمليكات أو المعاوضات، وهي لا تقبل التعليق، ولا الإضافة ولأن الشارع وضع عقد الزواج ليفيد حكمه في الحال، والتعليق والإضافة يناقضان الحقيقة الشرعية.

ونص قانون الأحوال الشخصية السوري (م١٣) على أنه:

لا ينعقد الزواج المضاف إلى المستقبل، ولا المعلق على شرط غير متحقق، ونص القانون السوري (م١١) على شروط الانعقاد فقال:

١ ـ أن يتفق الإيجاب والقبول من كل وجه.

٢ ـ أن يتحد مجلس الإيجاب والقبول.

٣ ـ أن يسمع كل من المتعاقدين كلام الآخر ويفهمه.

ونص على شروط العاقدين فقال:

٤ ـ ألا يوجد من أحد الطرفين قبل القبول ما يبطل الإيجاب، بأن يرجع الموجب عن إيجابه قبل أن يقبل الطرف الآخر.

يبطل الإيجاب قبل القبول بزوال أهلية الموجب، وبكل ما يفيد الإعراض من أحد الطرفين.

٥ ـ أن يكون كل من المتعاقدين ممن تحققت فيه الأهلية الكاملة لعقد الزواج وذلك بالبلوغ والعقل، فلا يصح عقد الزواج من مجنون، ولا صبي غير بالغ، وعدم صحة زواج المجنون متفق عليه بين الفقهاء، وأما غير البالغ فقد أخذ فيه القانون برأي ابن شبرمة.

٦ ـ أن يكون الزوج مسلماً بالنسبة إلى المسلمة، فلا ينعقد زواج المسلمة بغير المسلم بل هو عقد باطل، ولا يترتب عليه أي أثر.

المبحث الثاني

شروط صحة الزواج:

١ ـ المحلية الفرعية: ألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريماً مؤقتاً، أو تحريماً فيه شبهة أو خلاف بين الفقهاء، فإذا لم تتحقق هذه المحلية الفرعية كان العقد فاسداً عند الحنفية أما إذا كانت المرأة محرمة على الرجل تحريماً مؤبداً، فلا يتحقق العقد بل يكون العقد باطلاً بالاتفاق، ويجب التفريق جبراً بين الرجل والمرأة إن لم يتفرقا اختياراً.

٢ ـ أن تكون صيغة الإيجاب والقبول مؤبدة غير مؤقتة، فإن أقّت الزواج بمدة بطل، كنكاح المتعة، والنكاح لأجل سواء عين الأجل أم لم يعينه.

٣ ـ الشهادة على العقد، وللشهادة شروط مذكورة في مظانها.

٤ ـ الرضا والاختيار من العاقدين، فلا يصح الزواج بغير رضا العاقدين خلافاً للحنفية الذين قالوا: حقيقة الرضا ليس شرطاً لصحة النكاح.

٥ ـ تعيين الزوجين: وهذا شرط الشافعية والحنابلة، فلا يصح العقد إلا على زوجين معينين، فإن حصل خطأ في الإيجاب والقبول في تعين الزوجين لم يصح العقد.

٦ ـ عدم الإحرام بالحج أو العمرة من أحد الزوجين، وهو شرط عند الجمهور، غير الحنفية.

٧ ـ أن يكون الزواج بصداق: أي المهر، فإن لم يذكر في العقد، وجب ذكره حين الدخول.

٨ ـ عدم تواطؤ الزوج مع الشهود على كتمان الزواج، فيبطل الزواج، وحكمه يجب الفسخ إلا إذا دخل بالمرأة[١].

٩ ـ ألا يكون أحد الزوجين مريضاً مرضاً مخوفاً. وهو ما يتوقع منه الموت عادة، ويفسخ الزواج إن وقع ولو بعد الدخول إلا أن صحَّ المريض قبل الفسخ.

١٠ ـ حضور الولي، وهو شرط عند الجمهور وغير الحنفية، وقال بعض الفقهاء: يشترط رضا المرأة ووليها معاً[٢].

شروط النفاذ، وهي:

١ ـ أن يكون كل من الزوجين كامل الأهلية، وكامل الأهلية هي: العقل والبلوغ والحرية.

٢ ـ أن يكون الزوج رشيداً، أي: يحسن التصرفات المالية، خلافاً للحنفية.

٣ ـ ألا يكون العاقد ولياً أبعد مع وجود الولي الأقرب.

٤ ـ ألا يخالف الوكيل موكله فيما وكله به، ويكون للمرأة عند الحنفية الأقل من المسمى ومهر المثل لأن الموقوف كالفاسد.

٥ ـ ألا يكون العاقد فضولياً: والفضولي هو الذي ليس له ولاية تزويج، فيتوقف على إجازة الزوج عند الحنفية، وعند بقية الأئمة العقد باطل[٣].

شروط اللزوم:

معنى لزوم العقد: ألا يكون لأحد العاقدين أو لغيرهما حق فسخه بعد

---

(١) فتح القدير: ٢/٣٩١، البدائع: ٢/٢٣٧.
(٢) البدائع: ٢/٢٣٣، الشرح الصغير: ٢/٣٩١، الدر المختار: ٢/٣٧٩.
(٣) البدائع: ٢/٣١٥، كشاف القناع: ٥/٧١، القوانين الفقهية: ١٩٧.

انعقاده، بأن يخلو العقد من الخيار، ويشترط للزوم الزواج أربعة شروط هي:

١ ـ أن يكون الولي المزوج لفاقد الأهلية، أو ناقصها هو الأب أو الجد.

٢ ـ أن يكون الزوج كفئاً للزوجة، إذا زوجت المرأة الحرة البالغة العاقلة نفسها من غير رضا الأولياء بمهر مثلها، ويصح النكاح مع فقد الكفاءة.

٣ ـ أن يكون المهر بالغاً مهر المثل إذا زوجت الحرة البالغة نفسها من غير كفء وبغير رضا الأولياء، وألا يقل عن مهر المثل إذا زوجت المرأة نفسها من كفء، وللأولياء حق الاعتراض وطلب فسخ الزواج.

٤ ـ خلو الزوج عن عيب الأمراض الجنسية عند عدم الرضا من الزوجة بهما[١].

---

(١) القوانين الفقهية: ص٢٠٠.

الفصل الثالث

- مدى حرية المتعاقدين في إنشاء العقود
- سلطان الإرادة العقدية

المبحث الأول

تمهيد:

قلنا: إنَّ للعقود آثاراً عامة، ولكل واحد من العقود موضوعاً وأثراً خاصاً يتميز بهما عن سواه، وفي الشرع عقود مسماة يتولى الشرع تنظيم أحكامها وآثارها بين العاقدين بحيث تكون تلك الآثار نتائج أصلية ينتجها العقد دون أن يحتاج العاقدان إلى اشتراطها وتعدادها.

إنَّ مبدأ سلطان الإرادة العقدية موضوعه **حرية إرادة العاقد في أصل العقد ونتائجه وحدود تلك الحرية**. أي: مدى اعتبارها في نظر الشرع.

ولهذا المبدأ أربع حريات تتعلق بها:

١ ـ حرية العاقد في أصل التعاقد مع غيره.

٢ ـ حرية العاقد في إنشاء العقود والالتزامات بمجرد التراضي، دون تقييده بقيود شكلية بحيث لا يعتبر تعاقده إذا لم تتحقق صورها.

٣ ـ حريته في إنشاء ما يشاء من أنواع العقود في حدود حقوقه الشخصية مهما كان موضوعها دون تقيد بأنواع العقود المسماة التي أقرّها التشريع، ونظم لكل منهما أحكاماً خاصة.

٤ ـ وحريته في تحديد آثار العقد المسمى، وتعديل نتائجه الأصلية بين الطرفين المتعاقدين باشتراط ما يشاءان من شروط بحسب إرادتهما، وهذا هو مجال كتابنا.

هذه هي النواحي الأساسية التي يتعلق بها مبدأ سلطان الإرادة العقدية.

وقد مرت الإرادة العقيدة بأدوار في تاريخ التشريع لم يكن لها فيها سلطان، لا يُنظر فيها إلى التراضي الحرّ الذي جعلته الشريعة الإسلامية دستور التعاقد، وأقرت فيه لإرادة العاقدين سلطاناً محترماً في كل ما لا يخل بمصلحة عامة، وإن كانت الاجتهادات الفقهية مختلفة:

أ ـ من الناحية الأولى: جاء التشريع الإسلامي، فأبطل جميع أنواع الإكراه العقدي وأطلق حرية الإرادة في تكوين العقد، وقد جعل القرآن والسنة رضا الإنسان أساساً دستورياً في كل عقد سيلزمه، حتى في زواج النساء اللاتي كان الناس يرون ويتعارفون أنَّ الإرادة في تزويجهن ليست لهن. فقرر الإسلام أنَّ الفتاة البالغة العاقلة ولو كانت بكراً هي صاحبة الاختيار في زواجها[(١)].

ولم يقرّ الشرع الإسلامي عقداً يلزم شخصاً بتكليف لم يرض به رضاً بيناً، إلا فيما توجبه قواعد العدالة ومصلحة الجماعة مما تمارسه السلطة الحاكمة باسم العدالة لإحقاق الحق، كبيع أموال المدين المماطل في وفاء الدَّين، وبيع الأموال المحتكرة على محتكريها عندما يضر احتكارها بالجماعة، وكالاستملاك للمصالح العامة.

فأمثال هذه العقود الجبرية هي من المؤيدات الضرورية للتشريع العادل، والغاية من قيام حكومة في دولة، وقد أقرتها الشرائع الوضعية الحديثة التي أخذت بمبدأ الإرادة العقدية المطلق.

ب ـ وأما من الناحية الثانية: وهي المراسم الشكلية، فلم تكن قبل

---

(١) المدخل الفقهي العام: ٥٣٨/١.

الإسلام أمة ذات تاريخ تشريعي ثابت تعرف أنَّ مجرد التراضي يولد عقداً ملزماً، والتزامات دون أن تمر بصور وأنواع مختلفة من المراسيم الشكلية سواء في التشريع الروماني وغيره، حتى جاء الإسلام فألقى جميع تلك الأغلال والقيود عن أعناق العقود، وجعل مجرد التراضي موّلداً للعقد بأي طريق كان ظهوره بين العاقدين، ولم يستثن إلا عقداً واحداً أخضعه لشكلية الإعلان بالإشهاد عليه، وهو عقد النكاح.

يقول الدكتور السنهوري: (العقد في الفقه الإسلامي يُبنى على توافق إرادتين دون تحفظ فهو رضائي إلى حد جاوز فيه القوانين التي تأخذ برضائية العقد)[١].

جـ ـ **وأما من الناحية الثالثة:** وهي حرية العاقدين في إنشاء عقود تخرج عن نطاق العقود المسماة التي قررها التشريع في موضوعها، والتزاماتها، فقد أقرّ الفقه الإسلامي إنشاء عقود جديدة، ثم ما لبث الفقهاء، أن أسموها فانتظمت في سلك العقود المسماة، وقررت لها أحكام خاصة[٢].

د ـ **وأما من الناحية الرابعة:** وهي مدى سلطان إرادة العاقدين على تحديد آثار العقد المسمى وتعديل أحكامه الأصلية في حقوقهما الخاصة بينهما بشروط يتفقان عليها في التعاقد، أي إنشاء ما يشاء من التزامات وقيود في العقد بإرادتهما، فهي أهم نواحي سلطان الإرادة في نظر الحقوق الحديثة.

وموقف الفقه الإسلامي في هذه الناحية يختلف سعة وضيقاً باختلاف المذاهب الاجتهادية فيه، لكن أوسع مذاهبه يتفق مع ما استقرت عليه النظريات القانونية في التشريع الحقوقي الحديث[٣].

---

(١) نظرية العقد: الأستاذ السنهوري: ص٩٤ ف٣٠٣.
(٢) المدخل الفقهي: ١/٥٣٩.
(٣) المدخل الفقهي العام: ١/٥٤٠.

سلطان الإرادة العقدية في نصوص الشريعة:

إنَّ نصوص الكتاب والسنّة التي هي أصل الاجتهادات الفقهية في الشريعة قد بلغت في شأن سلطان الإرادة العقدية غاية العموم والمرونة.

أ ـ ففي حرية التعاقد والرضائية المطلقة.

يقول تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

وقوله تعالى في صداق النساء: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾ [النساء: ٤].

فهذه النصوص وغيرها تفيد أنَّ الأصل في استحقاق مال الغير أو استحلال شيء من حقوقه إنما هو رضى صاحبه، إما على سبيل التجارة والتبادل، أو على سبيل المنحة والتنازل عن طيب نفس واختيار.

أي: أنَّ العامل في ذلك هو إرادة صاحب المال الذي له شرعاً كمال الحرية في عقد المعاوضة أو المنحة.

ب ـ في إنشاء أنواع العقود، والقوة الإلزامية للعقد والتعهد.

جاء في قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، وقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُواْ بِٱلْعَهْدِ إِنَّ ٱلْعَهْدَ كَانَ مَسْـُٔولًا﴾ [الإسراء: ٣٤].

ومن الواضح أنَّ العقد يتضمن تعهداً ضمنياً باحترام نتائجه والالتزام بها، فهذه النصوص تشمل جميع أنواع العقود ما دامت لا تصادم نصوص الشريعة ومقاصدها وقواعدها العامة.

وهذه النصوص وأمثالها تفيد أنَّ عقد الإنسان وتعهده الذي باشره بإرادته الحرة ملزم له بنتائجه، ومقيد لإرادته بإرادته، كي تتولد الثقة والاطمئنان إلى نتائج التعامل الاقتصادي، ويعلم الإنسان كيف يبني تصرفه لأن ذلك متوقف على الاستقرار في تلك النتائج بين المتعاملين، وهذا الإلزام معناه تمام الاحترام لحرية العاقد، وللحقوق الناشئة بعقده لغيره أو

إطلاق هذه النصوص يشمل العقود المسماة وغير المسماة، فيفيد عدم التقييد بأنواع محدودة من العقود.

جـ ـ وفي حرية الشروط العقدية، فقد ورد كثير من القرآن والسنّة القولية والعملية تثبت للعقود المسماة التي أقرها الشرع أثاراً وأحكاماً والتزامات تربط الطرفين في كل عقد بحسب موضوعه[١].

المبحث الثاني

مدى سلطة العاقد على تعديل آثار العقود:

أما سلطة المعاقدين على تعديل هذه الآثار، إما بالنقص منها أو بإضافة التزامات على أحد الطرفين المتعاقدين لا يستلزمها أصل العقد، وذلك بشروط يشترطانها في التعاقد، ومدى هذه السلطة، فقد ورد فيها نصوص كثيرة منها قوله ﷺ: **«المسلمون على شروطهم»**[٢]، وقوله ﷺ: **«كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»**[٣]، أي: كل شرط ينافي مقاصد الشريعة، قال في المغني: وليس معنى كتاب الله هنا القرآن، لأن القرآن إنما بيّن أصول الشريعة، ولم يتضمن تفصيل الشروط العقدية المقبولة والممنوعة[٤].

وروي أيضاً عن رسول الله ﷺ أنه: «نهى عن بيع وشرط»[٥] فهذه النصوص وأمثالها مما ورد في السنّة النبوية عن مدى اعتبار الشروط العقدية تفيد:

---

(١) المدخل الفقهي العام: ١/٥٤٣.

(٢) نيل الأوطار: ٤/٢٢٥.

(٣) نيل الأوطار: ٤/٢٢٥، ٣/٦٨٤.

(٤) المغني: ٨/٤٤٨.

(٥) لم يصح ثبوته إلى الرسول ﷺ.

١ ـ أنَّ هناك شروطاً تعتبر ميداناً لإرادة العاقدين أطلق فيه الشرع لإرادتهم سلطانها ضمن حدود حقوقهم في أحكام والتزامات تثبت بالعقد مبدئياً، ويعتبر العقد المسمى قائماً بين الطرفين على أساسها ما لم يشترط خلافها.

٢ ـ أنَّ هناك شروطاً ممنوعة شرعاً لا سلطان لإرادة المتعاقدين فيها، لأنها تمس أحكاماً أساسية تعتبر من مقاصد الشريعة الإسلامية ونظامها العام.

الفصل الرابع:

- الشروط المقترنة بالعقد
- أثر الشروط في عقد الزواج ـ وأنواع الشروط ـ رأي القانون

في دراستنا السابقة وقفنا أمام مجموعة من النصوص تطلق حرية التعاقد، وهذا باتفاق الاجتهادات الإسلامية. كما أنَّ الاجتهادات الإسلامية اتفقت أيضاً على القوة الإلزامية للعقد المشروع.

كما أنَّ الاجتهادات الإسلامية اتفقت على المبدأ العام في ترتب آثار العقود وأحكامها، وعلى أنَّ المبدأ هو في الأصل من عمل الشارع لا من عمل المتعاقدين، فالشارع هو الذي ينظم العقود ونتائجها في حقوق الناس، ويجعل كل عقد طريقاً إلى نتائج معينة يرتبها عليه.

ومبنى النظر الفقهي في كون ترتيب آثار العقود في عمل الشارع هو أنَّ العقد سبب شرعي فهو طريق يرسمه الشرع ليصل بسالكيه إلى نتائج حقوقية يقرها بينهم، فإلى الشارع يعود تحديد هذه النتائج.

وإنما تستمد إرادة العاقدين سلطانها منه بالمقدار والحدود التي يحددها لها، فإن للشرع نظاماً يحميه، فهو الكفيل بإقامة الحدود بين الحقوق الخاصة، وإرادات أصحابها من جهة، وبين المصالح العامة وإرادة الشارع من جهة أخرى، كما أنَّ الشارع أيضاً هو الكفيل بتنظيم تلك الحقوق الخاصة بين الناس بناءً على مباشرتهم لأسبابها حفظاً للتوازن ومنعاً للتغابن، وضبطاً لنظام التعامل(١).

---

(١) شرح أصول البزدوي: ٣٥٨/٢، الموافقات: ١٣١/١، فتاوى ابن تيمية: ٢٣٦/٣، المستصفى: ٩٣/١.

أما ناحية الشروط العقدية، أو مدى سلطان الإرادة في تحديد آثار العقد بين عاقديه، فإن الاجتهادات الإسلامية كثيرة الاختلاف فيه.

يقول الشيخ أبو زهرة: إنَّ آثار العقد القانوني تنشئها إرادة العاقدين الحرة بناءً على القاعدة القانونية: (العقد شريعة المتعاقدين) فكل ما يرتضيه العاقدين من أحكام يكون صحيحاً واجب الوفاء.

أما في الشريعة الإسلامية فالإرادة إنما تنشيء العقد فقط، ولكن أحكام العقود وآثارها تكون من ترتيب الشارع لا من العاقد(١).

وسبب نقص التعريف القانوني هو أن يكون ترتيب العقد بكامل حرية المتعاقدين، ولكن في ظل مقتضيات الشرع الإسلامي.

ولقد سبق وعرفنا الشرط وقلنا: ما يلزم من عدمه العدم، ولا عدم لذاته(٢).

كالوضوء شرط لصحة الصلاة يتوقف عليها وجوده، ولا يلزم من وجود الوضوء صلاة فيمكن للمرء أن يتوضأ قبل النوم ويتوضأ لقراءة القرآن وغيرها.

---

(١) الملكية ونظرية العقد: ١٣٦.

(٢) حاشية البناني على جمع الجوامع: ٢/٢٠.

المبحث الأول

تقسيمات الشرط، ينقسم الشرط إلى:

القسم الأول: شرط هو في حكم الشرع ومقتضاه:

١ ـ **الشرط المحض:** وهو ما يمتنع بتخلفه وجود العلة، فإذا وجد، وجدت العلة فيصير الوجود مضافاً إلى الشرط دون الوجوب، كاشتراط الرهن في البيع.

ثم ينقسم الشرط المحض إلى قسمين: شروط شرعية، وشروط جعلية.

فالشروط الشرعية: هي التي اشترطها الشارع إما للوجوب كالبلوغ لوجوب الصلاة وغيرها من الأمور التكليفية، وإما للصحة كاشتراط الطهارة للصلاة.

وإما للانعقاد، كاشتراط الأهلية للانعقاد التصرف، وصلاحية المحل، ولورود العقد عليه.

وإما للزوم كاشتراط عدم الخيار في لزوم البيع، وإما لنفاذ اشتراط الولاية، وما في معناها لنفاذ التصرف.

ويلزم من عدم أي شرط من هذه الشروط، عدم الحكم المشروط له، فإذا فقد شرط من شروط الوجوب، لزم عدم وجوب الفعل على المكلف، ويلزم من عدم شرط من شروط الصحة عدم صحة الفعل، ويلزم من عدم شرط من شروط الانعقاد بطلان التصرف بحيث لا يترتب عليه أي حكم.

وأما الشروط الجعلية: تنقسم من حيث اعتبارها إلى ثلاثة أنواع:

أ ـ شرط لا ينافي الشرع: بل هو مكمل للشروط، وذلك كما لو اشترط المقرض على المقترض رهناً أو كفيلا[١].

ب ـ شرط غير ملائم للمشروط: بل هو منافٍ لمقتضاه، كما لو اشترط الزوج في عقد الزواج أن لا ينفق على الزوجة.

جـ ـ شرط لا ينافي الشرع ما شرط فيه: وفيه مصلحة لأحد العاقدين، أو كليهم، أو لغيرهما، ولكن العقد لا يقتضيه، فلا تعرف ملاءمته أو عدم ملاءمته للعقد، وذلك كما لو باع منزلاً على أن يسكنه البائع فترة معلومة أو يسكنه فلان الأجنبي، وهذا الشرط محل الخلاف.

القسم الثاني:

د ـ شرط هو في حكم العلل: وهو شرط لا تعارضه علة تصلح أن يضاف الحكم إليها فيضاف الحكم إليه، لأن الشرط يتعلق به الوجود دون الوجوب فصار شبيهاً بالعلل، والعلل أصول لكنها لما لم تكن عللاً بذواتها استقام أن تخلفها الشروط، مثاله: حفر البئر، فعلة السقوط هي الثقل لكن الأرض مانع من السقوط، فإزالة المانع بالحفر صار شرطاً، وهذه العلة لا تصلح لإضافة الحكم إليها (وهو الضمان) لأن الثقل أمر طبيعي والمشي مباح فلا يصلحان لإضافة الضمان إليهما، فيضاف إلى الشرط لأن صاحبه متعدٍ لأن الضمان فيهما إذا حفر في غير ملكه بخلاف ما إذا أوقع نفسه[٢].

---

(١) التلويح على التوضيح: ١٢٠/١، كشف الأسرار: ٢٠٢/٤.

(٢) أصول السرخسي: ٣٢٣/٢.

القسم الثالث:

هـ - شرط له حكم الأسباب: وهو شرط حصل بعد حصوله فعل فاعل مختار غير منسوب ذلك الفعل إلى الشرط كما إذا حلّ قيد صيد حتى نفر لا يضمن عند الحنفية خلافاً لمحمد، فإن الحل لما سبق النفور الذي هو علة التكلف صار كالسبب، فإنه يتقدم على صورة العلة، والشرط يتأخر عنها.

القسم الرابع:

و - شرط اسماً لا حكماً: وهو ما يفتقر الحكم إلى وجوده ولا يوجد عند وجوده، فمن حيث التوقف عليه سمي شرطاً ومن حيث عدم وجود الحكم عنده لا يكون شرطاً حكماً.

ويفهم مما ذكره فخر الإسلام أنه عبارة عن أول الشرطين اللذين يضاف إلى آخرهما الحكم، فإن كل حكم تعلق بشرطين كان أولهما شرط اسماً لا حكماً، لأن حكم الشرط أن يضاف الوجود إليه، وذلك مضاف إلى آخرهما فلم يكن الأول شرطاً حكماً بل اسماً[1].

ي - شرط هو بمعنى العلاقة الخالصة: وذلك كالإحصان في باب الزنا، وإنما كان الإحصان علاقة لأن حكم الشرط أن ينعقد انعقاد العلة إلى أن يوجد الشرط، وهذا لا يكون في الزنا بحال، لأن الزنا إذا وجد لم يتوقف حكمه على إحصان يحدث بعده، لكن الإحصان إذا ثبت كان معرفاً لحكم الزنا، فأما أن يوجد الزنا بصورته فيتوقف انعقاد علة على وجود الإحصان، فلا يثبت أنه علاقة وليس بشرط، فلم يصلح علة للوجود، ولا للوجوب، ولذلك لم يجعل له حكم العلل بحال.

ولذلك لا يضمن شهود الإحصان إذا رجعوا على حال أي سواء رجعوا وحدهم أم رجعوا مع شهود الزنا.

---

(١) الموسوعة الفقهية: ٢٦/٧، ٨.

ما يختص به الشرط الجعلي بقسميه المعلق والمقيد:

يشترط لصحة التعليق أمور منها:

١ ـ أن يكون المعلق عليه أمراً معدوماً على خطر الوجود أي: متردداً بين أن يكون وأن لا يكون.

٢ ـ وأن يكون أمراً يرجى الوقوف على وجوده.

٣ ـ وأن لا يوجد فاصل أجنبي بين الشرط والجزاء.

٤ ـ وأن يكون المعلق عليه أمراً مستقبلاً في التعليق.

٥ ـ وأن لا يقصد بالتعليق المجازاة، فلو سبّته بما يؤذيه، فقال: إن كنت كما قلت فأنت طالق، تنجز الطلاق سواء كان الزوج كما قالت أو لم يكن، لأن الزوج في الغالب لا يريد إلا إيذاءها الطلاق، وأن يوجد رابط حيث كان الجزاء مؤخراً وإلا تنجز، وأن يكون الذي يصدر منه التعليق مالكاً للتنجيز أي قادراً عليه، وهذا الأمر فيه خلاف[1].

ما يختص به الشرط المقيد:

١ ـ كونه أمراً زائداً على أصل التصرف، فقد صرّح الزركشي في قواعده بأن الشرط ما جزم فيه.

٢ ـ كونه أمراً مستقبلاً، ويظهر ذلك مما قاله الحموي: أنَّ الشرط التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة.

هذا والفرق بين شرط التعليق، وشرط التقييد كما ذكره الزركشي: أنَّ التعليق دخل على أصل الفعل بأداته (كإن وإذا) والشرط ما جزم فيه بالأصل، وشرط فيه أمراً آخر.

وقال الحموي: وإن شئت فقل في الفرق: أنَّ التعليق ترتيب أمر لم

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٤٩٣/٢، الأشباه والنظائر: ابن نجيم: ص٣٦٧، الأشباه والنظائر: السيوطي: ٣٧٦.

يوجد على أمر يوجد بأن أو إحدى أخواتها، والشرط التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة[1].

ما يعرف به الشرط:

يعرف الشرط بصيغته بأن دخل في الكلام حرف من حروف الشرط، فكان الفعل الذي دخل عليه شرطاً وصيغةً، بـ(ما)، (مهما)، و(حيثما)، و(إن) الشرطية ويعرف أيضاً بدلالته أي: دلالة المعنى، إذا كان الكلام الأول سبباً للثاني دون العكس، لوقوع الوصف، وهو وصف التزوج في النكرة، فيعمّ كأن قال: امرأة دون تعين، فإن وقع الوصف في معين، كقوله: هذه المرأة لما صلح دلالة على الشرط، لأن الوصف في المعين لغو فيبقى قوله: هذه المرأة لغو في الأجنبية.

ونص الشرط يجمع المعين وغيره، حتى لو قال: إن تزوجت هذه المرأة أو امرأة طلقت إذا تزوج بها[2].

الأثر المترتب على تعليق الحكم بالشرط:

يذكر الأصوليون مسألة وهي أنَّ تعليق الحكم بالشرط هل يمنع السبب عن السببية أو يمنع الحكم عن الثبوت فقط لا السبب عن الانعقاد ولا يقع شيء عند وجود الشرط؟

المبحث الثاني

التخصيص بالشرط:

الشرط من المخصصات المتصلة، ومن أحكامه أنه يخرج من الكلام، ما لولاه لدخل فيه.

---

(١) الحموي على ابن نجيم: ٢٢٥/٢.

(٢) الإحكام في أصول الأحكام: ٣٠٩/٢، ٣١٠.

الاستدلال بمفهوم الشرط:

تعليق الحكم على الشرط بكلمة (إن) أو غيرها من الشروط اللغوية، كما في قوله تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] فيه أربعة أمور:

الأول: ثبوت المشروط عند ثبوت الشرط.

الثاني: دلالة (إن) عليه.

الثالث: عدم المشروط عند عدم الشرط.

الرابع: دلالة (إن) عليه.

فالثلاثة الأول لا خلاف فيها، وأما الأمر الرابع وهو دلالة (إن) على عدم المشروط عند عدم الشرط فهو محل الخلاف.

والأمر المعلق بالشرط يقتضي التكرار كما في قوله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ جُنُبًا فَٱطَّهَّرُواْ﴾ [المائدة: ٦]، وهو يقتضي تكرار المأمور به عند تكرر شرطه بناءً على القول بأن الأمر المطلق يقتضي التكرار.

وأما على القول بأن الأمر المطلق لا يقتضي التكرار، ولا يدفعه ففي كونه يقتضي التكرار هنا من جهة اللفظ لا من جهة القياس أو لا يقتضيه لا من جهة اللفظ ولا من جهة القياس، أو لا يقتضيه من جهة اللفظ ويقتضيه من جهة القياس في ذلك خلاف(١).

أثر الشرط الجعلي التعليقي على التصرفات:

يظهر أثر الشرط الجعلي التعليقي في التصرفات مثل الإجارة والبيع والخلع والصلح والقسمة والمزارعة، والمساقاة والمضاربة والنكاح، والإبراء والوقف، والحجر والرجعة وغير ذلك.

---

(١) الموسوعة الفقهية: ٢٦/١٠.

أثر الشرط التقييدي على التصرفات:

إذا قيد التصرف بشرط فلا يخلو هذا الشرط أن يكون صحيحاً، وإما أن يكون فاسداً أو باطلاً.

فإن كان الشرط صحيحاً كما لو اشترط في البقرة كونها حلوباً، فالعقد جائز لأن المشروط صفة للمعقود عليه أو الثمن، وهي صفة مخصوصة لا يتصور انقلابها أصلاً، ولا يكون لها حصة من الثمن بحال[١] وإن كان الشرط باطلاً أو فاسداً، كما لو اشترى ناقة على أن تضع حملها بعد شهرين كان البيع فاسداً.

قال في الفتاوى الهندية: وجملة ما لا يصح تعليقه بالشرط، ويبطل بالشروط الفاسدة ثلاث عشر: البيع، والقسمة، والإجارة، والرجعة، والصلح عن مال، والإبراء عن الدَّين، والحجر عن المأذون، وعزل الوكيل، وتعليق إيجاب الاعتكاف بالشروط، والمزارعة، والمعاملة، والإقرار، والوقف[٢].

هذا وقد ذهب الحنفية وهم الذين يفرقون بين الفساد والبطلان إلى أن الشرط التقييدي ثلاثة أقسام: صحيح وفاسد وباطل.

وذهب غيرهم من الفقهاء وهم الذين لا يفرقون بين الفساد والبطلان، ويقولون: إنهما واحد إلى أنه قسمان: صحيح وباطل أو صحيح وفاسد.

الشرط الصحيح:

ضابطه عند الحنفية: اشتراط صفة قائمة بمحل العقد، وقت صدوره، أو اشتراط ما يقتضيه العقد، أو ما يلائم مقتضاه أو اشتراط ما ورد في الشرع دليل بجواز اشتراطه أو اشتراط ما جرى عليه التعامل.

وضابطه عند المالكية: اشتراط صفة قائمة بمحل العقد، وقت صدوره

---

(١) بدائع الصنائع: ٥/١٦٩.

(٢) الفتاوى الهندية: ٤/٣٩٦.

أو اشتراط ما يقتضيه العقد، أو اشتراط ما لا يقتضيه العقد ولا ينافيه.

وضابطه عند الشافعية: اشتراط صفة قائمة بمحل العقد وقت صدوره أو اشتراط ما يقتضيه العقد، أو اشتراط ما يحقق مصلحة مشروعة للعاقد أو اشتراط العتق لتشوف الشارع إليه.

وضابطه عند الحنابلة: اشتراط صفة قائمة بمحل العقد وقت صدوره أو اشتراط ما يقتضيه العقد أو يؤكد مقتضاه، أو اشتراط ما أجاز الشارع اشتراطه، أو اشتراط ما يحقق مصلحة للعاقد.

المبحث الثالث

أنواع الشرط عند الحنابلة:

النوع الأول: اشتراط صفة قائمة بمحل التصرف وقت صدوره، وهذا النوع متفق على جوازه عند الفقهاء، فإن فات هذا الشرط يكون للمشتري الخيار لفوات وصف مرغوب فيه كاشتراط كون البقرة المشتراة حلوباً.

النوع الثاني: اشتراط ما يقتضيه العقد وجوازه، أيضاً محل اتفاق الفقهاء لأنه بمثابة تأكيد، ومن أمثلته كما لو اشترط في الشراء التسليم إلى المشتري فإن البيع يصحّ لأن هذا الشرط من مقتضيات العقد، ومنها أيضاً اشتراط الردّ بالعيب، ورد العوض فإنها أمور لازمة لا تنافي العقد بل هي من مقتضياته.

النوع الثالث: اشتراط ما يلائم مقتضى العقد، ولكنه يلائم مقتضاه فهو لا يفسد العقد، وإنما هو مقرر لحكم العقد من حيث المعنى مؤكد إياه فيلحق بالشرط الذي هو من مقتضيات العقد.

وعبارة المالكية اشتراط ما يلائم مقتضى العقد ولا ينافيه، وعبارة

الشافعية والحنابلة اشتراط ما لا يقتضيه إطلاق العقد، لكنه يلائمه ويحق مصلحة للعاقد، ومثاله ما لو باع على أن يعطيه المشتري بالثمن رهناً أو كفيلاً، والرهن معلوم، والكفيل حاضر، جاز ذلك استحساناً عند الحنفية، وهي جائز عند المالكية والشافعية والحنابلة[(١)].

النوع الرابع: اشتراط ما ورد في الشرع دليل بجوازه.

النوع الخامس: اشتراط ما جرى عليه التعامل بين الناس، وقد ذكر هذا الحنفية ما عدا زفر، وهو ما لا يقتضيه العقد ولا يلائم مقتضاه لكن للناس فيه تعامل.

ومثاله: إذا اشترى نعلاً على أن يحزوها البائع، أو جراباً على أن يحزره خفاً فإن هذا الشرط جائز، لأن الناس تعاملوا به في البيع كما تعاملوا بالاستصناع فسقط القياس بعدم الجواز بتعامل الناس[(٢)].

النوع السادس: اشتراط البائع نفعاً مباحاً معلوماً وهذا عند الحنابلة ومن أمثلته ما لو باع داراً، واشترط على المشتري أن يسكنها شهراً[(٣)].

الشرط الفاسد أو الباطل:

وهو ضربان:

أحدهما: ما يفسد العقد ويبطله.

ثانيهما: ما يبقي التصرف معه صحيحاً.

فأما النوع الأول:

ضابطه عند الحنفية: اشتراط أمر يؤدي إلى غرر غير يسير أو اشتراط أمر محظور، أو اشتراط ما لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين،

---

(١) البدائع: ١٧١/٥، كشاف القناع: ١٨٩/٣.
(٢) البدائع: ١٧٤/٥.
(٣) مغني المحتاج: ٣٣/٢.

أو للمعقود عليه، ولا يلائم مقتضى العقد، ولا مما جرى عليه التعامل بين الناس، ولا مما ورد في الشرع دليل بجوازه.

ضابطه عند المالكية: أمر محظور، أو أمر يؤدي إلى غرر أو اشتراط ما ينافي مقتضى العقد.

وضابطه عند الشافعية: اشتراط أمر لم يرد في الشرع، أو اشتراط أمر يخالف مقتضى العقد، أو اشتراط أمر يؤدي إلى الجهالة.

ضابطه عند الحنابلة: اشتراط عقدين أو اشتراط شرطين في عقد واحد، أو اشتراط ما يخالف المقصود في العقد.

أنواعه: له سبعة أنواع تؤخذ من ضوابطه:

النوع الأول: اشتراط أمر يؤدي إلى غرر غير يسير، وهذا النوع ذكره الحنفية والمالكية، ومثاله: ما لو اشترى ناقة على أنها حامل لأنه يحتمل الوجود والعدم ولا يمكن الوقوف عليه للمال فكان في وجوده غرر فيوجب فساد البيع.

ومثلَّ له المالكية بحسب (ماء الفحل بعيراً أو فرساً) فحل يستأجر لحمل الأنثى، فلا يصح لما فيه الجهالة، ولأنه يؤدي إلى غبن صاحب الأنثى إن تعجل حملها، وإلى غبن صاحب الفحل إن تأخر الحمل[1].

النوع الثاني: اشترط أمر محظور.

النوع الثالث: اشتراط أمر يخالف الشرع[2].

النوع الرابع: اشتراط ما يخالف أو يناقض مقتضى العقد، أو ينافي المقصود منه. ومثاله: ما لو باع داراً بشرط أن يسكنها مدة بطل البيع، أو شرط أن لا يبيعها لم يصح، أو تزوج امرأة على أن لا تحل له لم يصح النكاح لاشتراط ما ينافيه[3].

---

(١) البدائع: ١٦٨/٥، حاشية الدسوقي: ٥٨/٣.
(٢) مغني المحتاج: ٣٣/٢.
(٣) المهذب: ٢٧٥/١.

النوع الخامس: اشتراط ما يؤدي إلى جهالة، ومن أمثلة هذا النوع، ما لو باع شيئاً بثمن إلى نتاج النتاج فهذا البيع لا يصح لما فيه من الجهالة في الأجل[1].

النوع السادس: اشتراط أحد المتعاقدين على صاحبه عقداً آخر، أو اشتراط البائع شرطاً يعلق عليه البيع. ومثاله كما في كشاف القناع: ما لو اشترط عليه سلفاً أو قرضاً بيعاً، أو إجارة أو شركة أو صرف الثمن، فاشتراط هذا الشرط يبطل البيع كما صرح الحنابلة لكونه من قبيل بيعتين في بيعة المنهي عنه، والنهي يقتضي الفساد، وكذا قوله: بعتك إن جئتني بكذا، وبعتك إن رضي فلان، فلا يصح البيع، لأن مقتضى البيع نقل الملك حال التبايع والشرط هنا يمنعه[2].

النوع السابع: اشتراط ما لا يقضتيه العقد وفيه منفعة للبائع أو للمشتري، وليس مما جرى به التعامل بين الناس نحو ما إذا باع داراً على أن يسكنها للبائع شهراً ثم يسلمها إليه أو أرضاً على أن يزرعها سنة، أو دابة على أن يركبها شهراً، أو ثوباً على أن يلبسه أسبوعاً، أو على أن يقرضه المشتري قرضاً، أو على أن يهب له هبة، أو يزوج ابنته منه، أو يبيع منه كذا، ونحو ذلك أو اشترى ثوباً على أن يخيطه البائع قميصاً، أو حنطة على أن يطحنها ونحو ذلك.

فالبيع في هذا كله فاسد كما صرّح الحنفية، لأن زيادة منفعة مشروطة في البيع تكون ربا، لأنا زيادة لا يقابلها عوض في عقد البيع، وهو تفسير الربا، والبيع الذي فيه الربا، أو الذي فيه شبهة الربا فاسد[3].

نوع آخر من أنواع الشرط الفاسد:

وهو ما يبقى فيه التصرف صحيحاً إما لأن المشترط أسقطه، أو يبقى منه لتصرف صحيحاً سواء أسقطه المشترط أو لم يسقطه.

---

(١) مغني المحتاج: ٢٠/٢.
(٢) كشاف القناع: ١٩٣/٣.
(٣) كشاف القناع: ١٩٣/٣.

وبهذا يتبين أنَّ هذا النوع ينقسم إلى قسمين، لكل قسم أنواعه:

القسم الأول وأنواعه:

ما يحكم معه بصحة التصرف إذا أسقطه المشترط، وقد عدّه المالكية من أقسام الشرط الباطل، وضابطه عندهم اشتراط أمر يناقض المقصود من البيع أو يخلّ بالثمن فيه، أو يؤدي إلى غرر في الهبة، فأنواعه على هذا ثلاثة:

النوع الأول: اشتراط أمر ينافي المقصود من البيع كاشتراط البائع على المشتري أن لا يبيع أو لا يهب، ونحو ذلك فإن هذا الشرط إذا أسقطه المشتري، فإن البيع يصح.

النوع الثاني: اشتراط أمر يخلّ بالثمن بأن يؤدي إلى جهالة فيه بزيادة إن كان شرط السلف من المشتري، أو نقص إن كان من البائع، كبيع وشرط وسلف من أحدهما لأن الانتفاع بالسلف من جملة الثمن أو المثمن وهو مجهول، فهذا الشرط إن حذفه المشترط صحّ العقد(١).

النوع الثالث: اشتراط أمر يؤدي إلى غرر، ومثاله في الهبة ما لو دفع إلى آخر فرساً ليغزو عليه سنين، وشرط الواهب أن ينفق الموهوب له على الفرس في تلك السنين، ثم تكون الفرس ملكاً للمدفوع له، فلا يجوز ذلك للغرر(٢).

القسم الثاني وأنواعه:

النوع الأول: ذكره الحنفية، وهو اشتراط ما لا يقتضيه العقد، ولا يلائم مقتضاه ولم يرد شرع ولا عرف بجوازه، وليس فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه من أهل الاستحقاق.

ومثاله: كما لو شرط أحد المزارعين الزراعة على أن لا يبيع الآخر نصيبه، ولا يهبه فالمزارعة جائزة، والشرط باطل.

---

(١) حاشية الدسوقي: ٦٦/٣، ٦٧.

(٢) جواهر الإكليل، هامش مواهب الجليل: ٦١/٦، ٦٢.

لأن هذا الشرط لا منفعة فيه لأحد، فلا يوجب الفساد، وهذا لأن فساد البيع في مثل هذه الشروط لتضمنها الربا، وذلك بزيادة منفعة مشروطة في العقد لا يقابلها عوض، ولم يوجد في هذا الشرط لأنه لا منفعة فيه لأحد إلا أنه شرط فاسد في نفسه، لكنه لا يؤثر في العقد، فالعقد جائز والشرط باطل[1].

النوع الثاني: ذكره المالكية وهو اشتراط البراءة من العيوب، أو من الاستحقاق، فإذا باع عرضاً أو حيواناً على البراءة من العيوب، ثم اطلع المشتري على عيب قديم فيه كان له ردّه ولا عبرة بشرط البراءة[2].

النوع الثالث: اشتراط ما يخالف أو ينافي مقتضى العقد دون الإخلال بمقصوده وهذا النوع ذكره المالكية والشافعية والحنابلة.

ومن أمثلته عند المالكية ما لو اشترط رب الوديعة على المودع ضمانها، فلا ضمان عليه إذا تلفت في محل لا ضمان عليه فيه، لأن يدّ المودع يدّ أمانة، فلا يضمن إذا تلفت في هذه الحالة، فيلغى الشرط، وتصح الوديعة.

ومن أمثلته عند الشافعية ما لو قال: أعمرتك هذه الدار سنة، فعلى المذهب الجديد، لو قال مع قوله: أعمرتكها، فإذا مت عادت إليّ، أو إلى داري، فهي هبة وإعماره صحيح في الأصح، وبه قطع الأكثرون، فيلغو الشرط.

ومن أمثلته عند الحنابلة: ما لو اشترط أن لا خسارة عليه، أو شرط أنه متى نفق المبيع، وإلا ردّه فهذا الشرط لا يبطل البيع[3].

النوع الرابع: اشتراط أمر يؤدي إلى جهالة أو أمر غير مشروع، كما لو باع بقرة وشرط أن تدر عليه كل يوم صاعاً، فإن ذلك لا يصح لعدم القدرة عليه وعدم انضباطه[4].

---

(١) البدائع: ١٧٠/٥.

(٢) حاشية الدسوقي: ١١٢/٣.

(٣) الخرشي: ٣٢٨/٤، مغني المحتاج: ٣٠٨/٢.

(٤) مغني المحتاج: ٣٣/٢، كشاف القناع: ١٩٣/٣.

الباب الثاني:
تحليل كامل للاجتهادات الفقهية التي تمسكت بمقتضى العقد

مقدمة

لقد اتفقت الاجتهادات على مبدأ حرية التعاقد، ورضائيته وعلى القوة الإلزامية للعقد المشروع.

أما من ناحية ترتيب آثار العقود، فالاجتهادات الفقهية كلها متفقة على مبدأ عام، وهو أن ترتيب الآثار هو من عمل الشارع لا من عمل المتعاقدين، فالشارع هو الذي ينظم هذه العقود ونتائجها في حقوق الناس، ويجعل كل عقد طريقاً إلى نتائج معينة يرتبها عليه.

وللاجتهاد في هذا السبيل عمل متمم في التفريع على ما أثبتته نصوص الشريعة من أحكام العقود بالطرق التي فتحها الشرع نفسه أمام الاجتهاد في غير المنصوص عليه، أي بطريق القياس، والاستحسان أو الاستصلاح، أو سدّ الذرائع على اختلاف الاجتهادات في بعض هذه الطرق كما سبق وبيّنا.

ومبنى النظر الفقهي في كون ترتيب آثار العقود من عمل الشارع هو أنَّ العقد سبب غير شرعي فهو طريق يرسمه الشرع ليصل بسالكيه إلى نتائج حقوقية يقرّها بينهم، فإلى الشارع يعود تحديد هذه النتائج، وإنما تعتمد إرادة العاقدين سلطانها منه بالمقدار والحدود التي يحددها لها، فإن للشرع نظاماً يحميه، فهو الكفيل بإقامة الحدود بين الحقوق الخاصة

؟؟ الملكية ونظرية العقد: ١٣٥، ١٣٦.

وإرادات أصحابها من جهة، وبين المصالح العامة وإرادة الشارع من جهة أخرى. كما أنَّ الشارع أيضاً هو الكفيل بتنظيم تلك الحقوق الخاصة بين الناس بناءً على مباشرتهم لأسبابها، حفظاً للتوازن، ومنعاً للتغابن، وضبطاً لنظام التعامل.

وإنَّ مبدأ سلطان الإرادة في آثار العقد بحسب الاصطلاح القانوني الحديث هو نظرية الشروط العقدية، فإن طريق إرادة العاقدين إلى تعديل الآثار الأصلية للعقد المسمى بينهما إنما هي الشروط التي يشترطانها في العقد، إذ يضيف العاقدان بهذه الشروط إلى نتائج العقد بينهما حقوقاً والتزامات لم يكن ليقتضيها أصل العقد لو خلا عما اشترطاه فيه[1].

ويقول الشيخ محمد أبو زهرة: إنَّ آثار العقد في النظر القانوني تنشئها إرادة العاقدين الحرة بناء على القاعدة القانونية القائلة: «إنَّ العقد شريعة المتعاقدين» فكل ما يرتضيه العاقد من أحكام يكون صحيحاً واجب الوفاء.

أما في الشريعة الإسلامية فالإرادة تنشىء العقد فقط، ولكن أحكام العقود وآثارها تكون من ترتيب الشارع لا من العاقد.

أما من الناحية الرابعة: وهي مدى حرية الشروط العقدية (وهو مجال بحثنا) ومدى سلطان الإرادة في تحديد آثار العقد بين عاقديه، فإن الاجتهادات الإسلامية المشهورة على اختلاف أساسي واسع الشقة.

ويمكن تصنيف الاجتهادات ذات الشأن إلى زمرتين:

١ ـ الاجتهادات التي تعتبر أنَّ الأصل الشرعي في حرية العقود هو التقيد، وهي الاجتهادات التي تمسكت بنظرية العقد.

٢ ـ والاجتهادات التي تعتبر أنَّ الأصل الشرعي في تلك الشروط هو الإطلاق.

---

(١) المدخل الفقهي العام: ٥٤٨/١.

الفصل الأول

الاجتهادات التي تمسكت بنظرية مقتضى العقد:

هذه الاجتهادات ترى أنَّ لكل عقد في الشرع أحكاماً أساسية تسمى «مقتضى العقد» نصّ عليها الشرع مباشرة، أو استنبطها الاجتهاد وأثبتها حفظاً للتوازن بين العاقدين في الحقوق، فليس للعاقدين أن يشترطا من الشروط ما يخالف هذا المقتضى، فإن اشترطا شرطاً مخالفاً له يفسد العقد، كما لو اشترط الأجير العام من صباغ أو خياط أن لا يضمن ما يتلف بصنعه.

وهذا مبنى الاجتهاد الحنفي في الشروط العقدية، ويقاربه في ذلك نظر جمهور فقهاء المالكية، ثم الاجتهاد الشافعي.

فهذه الاجتهادات قد أخذت مبدئياً بنظرية مقتضى العقد، وتمسك أصحابها بفكرته إجمالاً، ثم اختلفوا في التفصيل، وتشعبت أنظارهم، والاجتهاد الشافعي أكثرها تشدداً وتضييقاً لحرية الشروط.

فمقتضيات العقود كلها في نظرهم إنما تثبت بدليل شرعي، وليس للعاقد أن يخالفها أو يضيف إليها شيئاً، أو يقيدها بقيد إلا إذا قام دليل شرعي يجيز التزامه ويوجب الوفاء به، كاشتراط تأجيل الثمن في البيع، وتأجيل المهر في النكاح[(١)].

وقد انفرد الإمام مالك برأي في الشروط التي تفسد العقد كما رأينا سابقاً، وهو أنَّ الشرط الذي ينافي مقتضى العقد ويفسده إذا تنازل عنه شارطه فلم يتمسك به صحّ العقد ولغا الشرط، وهو يبني ذلك على نظرية المانع.

فيعتبر الشرط المنافي مانعاً من صحة العقد، فإذا زال المانع عاد الممنوع[(٢)].

---

(١) المدخل الفقهي: ١/٥٥٠.

(٢) نظرية العقد، محمد أبو زهرة: ١٤٩، بداية المجتهد: ٢/١٣٥.

المبحث الأول: المذهب الحنفي وموقفه من الشروط:

الاجتهاد الحنفي يعتبر كل شرط متضمن لمنفعة زائدة على أصل مقتضى العقد مخالفاً ومفسداً لعقد المعاوضة المالية، كما لو اشترط في البيع في البيع حمل المبيع على حساب البائع أو إقراض أحد المتبايعين للآخر قرضاً.

أما إذا كان ذلك الشرط في عقود غير المعاوضات المالية كالزواج فيلغو الشرط بنفسه ولا يؤثر في العقد.

لكن الاجتهاد الحنفي يستثني من الشروط ثلاثة أنواع:

أ ـ الشرط الذي ورد الشرع بجوازه: كاشتراط تأجيل ثمن البيع، واشتراط الخيار لأحد المتبايعين، وهو المسمى «خيار الشرط» وما يقاس على ذلك كخيار النقد وخيار التعيين(١).

ب ـ الشرط الذي يلائم العقد: كاشتراط البائع على المشتري تقديم كفيل، أو رهن بالثمن المؤجل، لأنه توثيق.

ج ـ الشرط الذي يجري به العرف المعتبر شرعاً: فإن العرف يصحح الشروط التي تعتبر في الأصل مفسدة للعقد.

فلو تعارف الناس في بعض الأمكنة ببيع بضاعة بشرط حملها على حساب البائع، أو بشرط قيام البائع بتصليح الآلة المبيعة إذا اختلت لمدة معلومة صحّ ذلك وهو ما يسمى عندنا اليوم (بورقة الكفالة) وهذه يتعامل بها مع الآلات الكهربائية الكبيرة، أو السيارات، أو آلات المصانع وغيرها.

والاجتهاد الحنفي يبني موقفه من حرية الشروط العقدية على شيء من المبالغ والتوسع في التمسك بمبدأ التوازن بين حقوق العاقدين الناشئة بالعقد، فيرى أنَّ اشتراط منفعة لجانب أحد العاقدين يخلّ بالتوازن الواجب ويؤدي إلى النزاع، لأنها منفعة زائدة على أصل مقتضى العقد بلا عوض

(١) المدخل الفقهي: ١/٥٥١.

يقابلها، فتشبه ربا الفضل الممنوع شرعاً، فإذا جرى العرف على اشتراطها يصبح العاقد على بصيرة من أمرها، فيحسب لها حساب في العوض المقابل فيعود التوازن مضموناً، ويكون العرف نافياً للنزاع(١).

ولا يخفى أنَّ هذا التعليل ضعيف المبنى، لأن الواقع إنَّ الإنسان العاقل لا يشترط في عقده منفعة أو التزاماً إلا وقد وازنه وحسب حسابه في المعاوضة سواء أكان متعارفاً أو غير متعارف.

وعلى كل حال فقد كان استثناء الشرط المتعارف من المنع موسعاً في تضييق حرية الشروط في الاجتهاد الحنفي، لأن العرف على الشروط أعمّ.

بل لو قيل استناداً إلى نظرية العرف هذه في الاجتهاد الحنفي، بأن تعارف الناس على اشتراط الشروط في العقود بوجه عام هو صحيح معتبر كتعارفهم على صور مخصوصة على الشروط في بعض العقود، لكان ذلك تفقهاً حسناً، وعندئذ نستطيع القول بأن الشرط الفاسد قد زال من معاملات الناس بفعل الزمن، وأصبحت الشروط في هذا العصر كلها صحيحة بمقتضى قواعد الاجتهاد الحنفي نفسه، إلا إذا كان الشرط مصادماً لنص تشريعي خاص يمنعه، أو منافياً لقواعد الشريعة ومقاصدها العامة، فإن الناس اليوم قد اعتادوا ربط معاملاتهم كافة بشروط يتفق عليها في كل عقد ولا سيما بعد أن أوجبت الأحكام القانونية احترامها(٢).

وتكاد تكون هذه الاجتهادات سوى المذهب الحنبلي متفقة على أنَّ عقد النكاح هو أبعد ما يكون عن سلطان إرادة العاقدين على آثاره وأحكامه، لأن أحكامه التي يقرره الشرع ليست من حقوق العاقدين فقط، بل هي من حقوق الأسرة ونظام المجتمع. وهذا أيضاً ما يقرّه التشريع الوضعي ونظرياته في القوانين الحديثة.

---

(١) رد المحتار: ١٢٣/٤.

(٢) المدخل الفقهي: ٥٥٢/١.

المبحث الثاني

الاجتهادات التي ترى أنَّ الأصل في الشروط العقدية هو الإطلاق:

هذه الاجتهادات ترى أنَّ الأصل الشرعي بمقتضى دلائل نصوص الشريعة والسنّة العملية، هو حرية العقود أنواعاً وشروطاً، ووجوب الوفاء بكل ما يلتزمه العاقدان ويشترطانه ما لم يكن في نصوص الشريعة أو قواعدها ما يمنع من عقد أو شرط معين، فعندئذ يمتنع بخصوصه على خلاف القاعدة، ويعتبر الاتفاق عليه باطلاً كالتعاقد على الربا أو الشروط التي تحل حراماً، أو تحرم حلالاً.

وهذا هو مبنى الاجتهاد الحنبلي بحسب نصوص فقهائه المختلفة، وهو أوسع الاجتهادات الفقهية الإسلامية وأرحبها صدراً بمبدأ سلطان الإرادة، ويتفق جوهر نظريته فيه مع النظريات القانونية الحديثة في الفقه الأجنبي(١).

ومثله مذهب شريح القاضي، ومذهب عبدالله بن شبرمة، وهو رأي بعض فقهاء المالكية، فكون هذه الحرية هي المبدأ الأصلي العام في العقود والشروط بنظر هذه الاجتهادات هو المستفاد من قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] بمقتضى عموم لفظه وإطلاقه، ومن قول الرسول ﷺ ما أوردنا سابقاً: «**المسلمون على شروطهم**»(٢).

والرأي الراجح هو رأي الحنابلة، لأنها تطلق إرادة العاقدين بحرية مطلقة إلا ما كان من الشروط يخالف كتاب الله وسنّة رسوله ﷺ فهو باطل، وهو مستفاد من حديث رسول الله ﷺ، وكذا من قول عمر بن الخطاب في وصيته القضائية إلى أبي موسى الأشعري: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحلَّ حراماً أو حرّم حلالاً» وحديث عمر مستفاد من الشرط الممنوع الذي وصفه الرسول ﷺ بأنه: «**ليس في كتاب الله**».

---

(١) نظرية العقد: ١٥٠.

(٢) سبق تخريجه.

أما قوله ﷺ: «أنه نهى عن بيع وشرط»[1] فأجابوا عن الحديث بأنه ضعيف السند في نظر علماء الحديث، وعلى فرض ثبوته يحمل على الشرط المنافي لكتاب الله وشريعته كما في حديث بريرة فإنه هو الثابت.

وفي هذه الاجتهادات لا يعتبر للعقود مقتضيات ضيقة بحدود ثابتة تتحكم في شروط المتعاقدين، بل يرون أنَّ الشارع قد فوّض إلى إرادة العاقدين تحديد هذه المقتضيات ضمن نطاق خقوقهما في كل ما لا يصادم نصاً من نصوص الشريعة ولا ينقص أصلاً من أصولها الثابتة.

ويقول ابن تيمية في تعليل ذلك:

إنَّ العقود إنما وجب الوفاء بها لإيجاب الشارع الوفاء بها مطلقاً إلا ما خصّه الدليل، على أنَّ الوفاء بها من الواجبات التي اتفقت عليه الملل والعقلاء جميعاً، وأدخلها في الواجبات العقلية من يقول بالوجوب العقلي، والأصل في العقود رضا المتعاقدين ونتيجتها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد.

ثم أورد نصوص الشريعة الدالة على هذا المبدأ[2].

موقف الاجتهاد الحنبلي من نظرية مقتضى العقد:

إنَّ توسع الفقه الحنبلي بالشروط لا يعني أنه لا يأخذ بنظرية مقتضى العقد التي تمسك بها من ضيّق على نفسه من رجال المذاهب الأخرى، فالحنابلة يمنعون بعض الشروط لمخالفتها لمتقتضى العقد، ويعللون ذلك بمخالفة ذلك الشرط لمقتضى العقد.

لكنهم أوسع نظراً في تفسير مقتضى العقد وحدوده، فهم لا يعتبرون كغيرهم أنَّ كل مصلحة يشترطها أحد العاقدين لنفسه مما لا يوجبها العقد بذاته تكون منافية لمقتضاه، بل يعتبرون مصلحة العاقد من مصلحة العقد نفسه ما دامت مشروعة، أي: غير محرمة شرعاً، فلا يعتبر الشرط منافياً

---

(١) نصب الراية: ١٨/٤ والحديث ضعيف أخرجه الطبراني في الأوسط.

(٢) فتاوى ابن تيمية: ٢٣٩/٣.

لمقتضى العقد في نظر المحققين من الحنابلة إلا في النواحي الأساسية التي إذا شرط خلافها تعطلت الغاية المشروعة من العقد فعندئذ قد يبطل العقد بالشرط، وقد يبطل الشرط ويصح العقد كما رأينا سابقاً وذلك على حسب حال الشرط ودرجة مناقضته لغاية العقد.

وعلى هذا الأساس قالوا:

- لو شرط في عقد النكاح أن لا تحل به المتعة الزوجية. يبطل العقد بهذا الشرط إذ لا يبقى مع للزواج معنى، بل يكون كالعقد الصوري.

- أما لو شرط فيه عدم ممارسة الاستمتاع الزوجي، فإن النكاح يصحّ ويلغو الشرط لأنه ينافي مقتضى العقد، إذ لا يعقل أن يكون الاستمتاع حلالاً بالعقد وممنوعاً بالشرط وإنما لم يبطل العقد هنا لأن غايته الشرعية وهي حلّ المتعة حاصلة ومتفق بين الطرفين على ثبوتها، والشرط المذكور أمر زائد غير جائز، فيلغو هو دون العقد.

- وعلى هذا الأساس أيضاً قالوا: لو شرطت المرأة في عقد النكاح أن لا يسافر الزوج معها إذا سافرت كان هذا الشرط باطلاً، لأن الشريعة لا تجيز لها السفر وحدها[1].

- إما إذا شرطت أن لا يسافر زوجها بها إذا أراد السفر، أو أن لا ينقلها من دارها، فإن شرطها هذا صحيح، لأنه مصلحة مشروعة لا تمنع المقصود من النكاح، فيصح اشتراطها، ويثبت للمرأة خيار الفسخ إذا لم يفِ لها الزوج به.

وقد ردوا على من يرى أنَّ مثل هذا الشرط ليس من مصلحة العقد رداً قرروا به ضابطاً فقهياً هاماً كان فيه حدّ الفصل بين نظريتهم السمحة، ونظرية غيرهم الضيقة في حدود مقتضى العقد، فقالوا: والقول بأن هذا الشرط من مصلحة المرأة، وما كان من مصلحة العاقد (أي: المصلحة المشروعة) كان من مصلحة العقد، كاشتراط الرهن في البيع[2].

---

(١) سنعود إلى تفصيل هذه الأمور في الباب الثاني.

(٢) كشاف القناع: ٥٢/٣.

وصرحوا في الرهن بأنه لا يصح فيه اشتراط أن لا يباع الرهن عند حلول الدَّين أو أن يستوفي الدين من ثمنه، وكذا لا يصح اشتراط الخيار للراهن، ولا توقيت الرهن.

وعللوا ذلك بأن هذه كلها شروط فاسدة لمنافاتها لمقتضى العقد، فإن المقصود بعقد الرهن، مع الوفاء بهذه الشروط فعقود، واختلفوا هل يبطل الرهن بهذه الشروط أو يلغو الشرط فقط؟

وهكذا في معظم العقود يميزون في كل منها بين الشروط الصحيحة والشروط الفاسدة ويعللون فسادها بأنها تنافي مقتضى العقد بهذا المعنى الذي بيّناه.

وقد يتوسعون أحياناً في المنع، فيحكمون بفساد شروط لا لأنها تنافي مقتضى العقد بل لأن العقد لا يقتضيها، كاشتراط منفعة الراهن للمرتهن.

والظاهر أنَّ منعهم هذا الشرط في الرهن لما فيه من شبهة الربا عن الحق المرهون فيه، وإلا فإن قواعدهم ونصوصهم في البيع وغيره تقتضي صحة اشتراط المنافع الزائدة على أصل مقتضى العقد[1].

قلب مقتضى العقد:

هل يصحّ قلب مقتضى العقد، كقلب حكم الضمان إلى حكم أمانة بالاشتراط أو العكس.

قال المقدسي: وإن اشترط المستعير نفي ضمان العارية لم يسقط الضمان وكل أمانة لا يضر مضمونه باشتراط ضمانه، لأن مقتضى العقد كونه أمانة فإذا شرط ضمانة فقد التزم ضمان ما لم يوجد سبب لضمان فلا يلزمه، كما لو اشترط ضمان الوديعة، أو ضمان مال في يد مالكه.

وما كان مضموناً لا ينتفي ضمانه بشرطه، لأن مقتضى العقد الضمان،

---

(١) المغني: ٤٢٩/٤، المدخل الفقهي: ٥٥٦/١.

فإذا شرط نفي ضمانه لا ينتفي مع وجود سببه، كما لو اشترط ضمان ما يتعدى فيه.

فإذاً إنَّ الفقه الحنبلي يحمّل العاقدين المسؤولية الأساسية الناشئة عن طبيعة العقد، فيصحّ انقلابها بالشرط(١).

الفصل الثاني

مزايا المذهب الحنبلي في سلطان الإرادة:

الاجتهاد الحنبلي، ومن هو على غراره في فهم النصوص الشرعية حول فهم النصوص في مبدأ سلطان الإرادة العقدية لا ينقضي منه إعجاب المتأمل، وهو الاجتهاد الجدير بالخلود، والذي يجب أن تسير على غراره سائر النصوص الفقهية والفهم لكتاب الله وتفسيره في إدراك المصلحة العامة والنظرة الموضوعية والاجتهاد الحنبلي في هذا الاجتهاد كالأفق الفسيح، واسع الحدود، لا سيّما إذا عرفنا أنَّ الفقه الحنبلي فيما قرر من اجتهاد واستنباط من نصوص الشريعة الإسلامية وأصولها المحكمة الواسعة، لم تكن لتعرفه أو تفهمه الشرائع العالمية والفقه الروماني، ولم تنتبه إليه الأفكار التشريعية والاجتماعية في أوروبا إلا منذ قرنين، مع أنَّ الإمام أحمد رضي الله عنه معدود من فقهاء مدرسة الحديث لا مدرسة الرأي.

إلا أنَّ ابن تيمية يرى أنَّ عمق اطلاع أحمد وتمكنه في الآثار الثابتة من الحديث والسنّة هو السبب في سماحة مذهبه التعاملي إذ يقول: ليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحاً للشروط من أحمد، وإنَّ عامة ما يصححه من العقود والشروط له دليل شرعي خاص من أثر أو قياس فلا يعارض مقتضى

(١) الشرح الكبير: ٣٦٦/٤.

العقد، وقد بلغه في بعض العقود، والشروط والآثار عن النبي ﷺ وعن الصحابة ما لم يجده عن غيره من الأئمة[١].

ويقول الشيخ محمد أبو زهرة: إنَّ علم أحمد بالآثار كان يسعفه في فتح أبواب الشروط ظن غيره ممن لا يعلم السنّة كعلمه أنها مغلقة، فدراسة أحمد للآثار جعلته يفهم أنَّ منطق الفقه الأثري (فقه المتاحف والرفوف) يوجب الإطلاق والإباحة حتى يقوم دليل التقييد والمنع[٢].

والملاحظ في فقه الإمام أحمد في أمور العبادات وتطهير النجاسات التورع فهو غالباً أضيق من سواه، مما جعله عنواناً للتشدد في نظر الناس عكس ما هو عليه من السماحة والسعة في أحكام التعامل بالعقود والشروط مما لم يتسع له غيره من المذاهب.

والمذهب الحنبلي قد سوى في الاعتبار بين الشروط المشروطة في صلب العقد، والشروط المتفق عليها قبل العقد، ولو لم يصرح بها حال التعاقد، ما دام العاقد إنما اعتمد عليها، لأن الأمر بالوفاء بالشروط والعقود والعهود يتناول الحالين. وقال في كشاف القناع: إنه الصواب الذي لا شك فيه[٣]، فقد اعتبر الإمام أحمد الملحوظ كالملفوظ كما اعتبر المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

معرفة مزايا الفقه الحنبلي في سلطان الإرادة:

نلحظ في اجتهاد المذهب الحنبلي ست نواح هامة من مبدأ سلطان الإرادة تعرف قيمتها في ميزان الفقه القانوني الحديث:

الناحية الأولى:

لم يفرّق الاجتهاد الحنبلي بين عقد الزواج وغيره في حرية اشتراط

---

(١) فتاوى ابن تيمية: ٥٣.
(٢) أحمد بن حنبل: ٢٢٨، ٢٢٩.
(٣) كشاف القناع: ٥٢/٣.

الشروط ضمن الحدود العامة للفقه الحنبلي التي أسلفنا ذكرها، وسوّغ للزوجين أن يشترطا ما يشاءان في عقد النكاح من الحقوق والمصالح والأحوال التي لا تنافي موضوع الزواج ونظامه الشرعي في الإسلام، فقد أجاز الإمام أحمد بمقضى هذا المبدأ أن تشترط المرأة عدم السفر مع زوجها، أو أن لا ينتقل بها من دارها، أو أن لا يتزوج عليها، أو أن يشترط أحد الزوجين كون الآخر موسراً.

وكل شرط صحيح يشرطه أحد الزوجين إذا لم يتحقق يسوّغ للزوج الآخر فسخ النكاح.

وإنما يمنع من الشروط في النكاح ما يمنعه الشرع بنص خاص، أو ما ينقص من الحقوق والواجبات كالتي تعد من النظام الشرعي في النكاح. كما لو اشترط توقيت النكاح أو عدم المهر، أو عدم النفقة الزوجية، أو عدم الاستمتاع الزوجي.

ويستند الاجتهاد الحنبلي في ذلك إلى قول النبيّ ﷺ: **«أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج»**[1]، وهذه الناحية هي مقصد بحثنا في الباب الثاني.

وهو لم يفرّق بين الحقوق المالية وهو المهر إذا اشترط فيه، وبين الشروط في مصالح الزوجين الأخرى التي تتعلق بهما إرادتهما. بل اعتبر الشروط في النكاح أحق بالتمسك وأوكد من غيرها.

ويتمسك الحنابلة أيضاً في هذا المقام بما رواه الإمام البخاري في صحيحه: أنَّ رجلاً تزوج امرأة وشرط لها السكنى في دارها، ثم أراد نقلها، فتقاضيا إلى عمر، فقال: «لها شرطها»، فقال الرجل: «إذن يطلقنا» فأجابه عمر بتلك الكلمة الدستورية: **«مقاطع الحقوق عند الشروط، ولك ما شرطت»**.

وقد أجاز الاجتهاد الحنبلي أيضاً على خلاف بين فقهاء المذهب

---

(١) صحيح البخاري: ٣٢٣/٥، كتاب الشروط.

اشتراط الخيار في عقد النكاح مدة معينة كما في عقود المعاوضات، فإذا مضت المدة دون أن يفسخ الزوج المخير ينبرم النكاح.

الناحية الثانية:

وقد تفرّع عن الناحية الأولى أن جاءنا الفقه الحنبلي بمبدأ هام في قاعدة الشروط العقدية، وهو أنَّ الشرط قد يكون في ذاته وبحسب طبيعته غير ملزم شرعاً للمشروط عليه، فهو في الشروط كالعقد غير اللازم في العقود، ومع ذلك يصح اشتراطه ولا يلغو. فتكون ثمرة صحة اشتراطه، رغم عدم لزومه، أنَّ الطرف المشروط لمصلحته يحق له فسخ العقد عند عدم وفاء الطرف الآخر بالشرط.

ففي هذا النوع من الشروط يكون الطرفان مخيرين: فكما أنَّ الطرف المشروط عليه مخيّر في الوفاء بالشرط وعدمه، يكون الطرف المشروط له مخيراً بين الاستمرار وفسخ العقد في حالة عدم الوفاء بالشرط.

وذلك كما لو اشترطت المرأة في عقد النكاح على الرجل: «أن لا يسافر أو لا يتزوج عليها» فإن الرجل يستحسن له شرعاً، أن يفي بهذه الشروط ما استطاع، لكن لا يجب عليه الوفاء، ولا يجيز عليه قضاءً، لأن الشرع أطلق له حرية السعي والسفر والانتقال إذ هو أعرف بمواطن رزقه وتتبع حاجاته، كما لو أطلق له حرية، كما أطلق له حق التزوج بحدود رسمها الشرع، ولكنه إذا لم يفِ بالشرط فسافر أو تزوج غيرها كان له فسخ النكاح بينها وبينه[1].

ولقد جوّز الحنابلة على هذه الطريقة شروطاً مكروهة شرعاً تمسّ غير العاقدين ما دامت النتيجة في هذا النوع من الشروط ليست هي الإلزام بتنفيذ الشرط، بل هي حق الفسخ عند عدم تحققه.

وذلك كما لو اشترطت المرأة الثانية في عقد النكاح على زوجها أن يطلق امرأته الأولى، فقد اختلفوا في صحة هذا الشرط، والمحققون على

---

(١) تصحيح الفروع: ٥٦/٣.

صحته، لأنه من مصلحة المرأة الشارطة، وإن لم يلزم به الزوج، فيحق لها فسخ النكاح، إذا لم يفِ الزوج بتطليق ضرتها.

لكن الإمام ابن قدامة نصّ على عدم صحة هذا الشرط، وقواعد الترجيح في المذهب تعتبر قول ابن قدامة عند الاختلاف هو الراجح الصحيح[1].

والرأي الراجح: أنَّ هذا الشرط غير شرعي لكن حكمه هل يبطل العقد أم لا؟ فهذا بحث آخر سنبحثه في الباب الأخير، وعدم شرعيته قول الرسول ﷺ: **«لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسأل طلاق أختها لتستفرغ صفحتها»**[2].

الناحية الثالثة:

سوّغ تقييد الملك المطلق عند مباشرة عقده بشروط تحفظية تمنع بعض تصرفات المالك، أو تقيد طريق الانتفاع، أو تستثني بعض الحقوق، أو توجب على المالك بعض الواجبات.

فجوز لبائع الأمة الرقيقة أن يشترط على المشتري عدم بيعها، بل يختصها بالتسري والاستيلاد، لأنها قد تكون عزيزة على البائع، فيريد أن يحفظ لها الصيانة والكرامة.

وكذلك جوّز اشتراط البائع على المشتري أنه إذا أراد بيع المبيع فالبائع أحق باسترداد ثمنه، فليس للمشتري عندئذ أن يبيعه على غير بائعه.

وجوّز أيضاً بيع الشيء مع شرط احتفاظ البائع بمنفعته مدة معينة.

وجوّز أيضاً بيع العقار على شرط أن يَقِفَهُ المشتري، وبيع العبد على شرط أن يعتقه ونحو ذلك.

هذه الشروط وأمثالها لا تقبلها الاجتهادات الأخرى غير المذهب

---

(١) كشاف القناع: ٥٤/٣، ٥٥.

(٢) فتح الباري على صحيح البخاري: ٢١٩/٩.

الحنبلي لأنها عندهم تعارض ما يقتضيه عقد البيع وما يستلزمه الملك المطلق من حرية تصرف المشتري فيما اشتراه، فإن ثمرات الملك وحقوقه لا يرتبها العاقد، وإنما يرتبها الشرع ترتيباً يمنع تجاوز الإنسان فيها على حقوق غيره.

ولكن نظر الاجتهاد الحنبلي في ذلك أنَّ هذه الشروط الإرادية لها تأثير في تحديد آثار العقد بسلطة منحها الشرع العاقدين، وفوضهما بمقتضاها هذا التحديد بحسبب مصالحها، فلا يكون الملك المنتقل بعقد البيع مع هذه الشروط مكلفاً مطلقاً بل مقيداً.

الناحية الرابعة:

إنَّ الاجتهاد الحنبلي صحح طريقة البيع بما ينقطع عليه السعر، أي: بما يستقر عليه سعر السوق في يوم البيع، دون تحديد للثمن عند العقد.

وهذا لم يقبله أحد من الأئمة غير الإمام أحمد، لما فيه من جهالة الثمن عند العقد ولكن الاجتهاد الحنبلي اعتبر في هذا الاتفاق والشرط ما يضع أساساً صالحاً لتحديد الثمن، ونفي الجهالة وحسم النزاع.

وقد دافع ابن القيم وأيد نظريته من الوجهة الشرعية والمصلحة الواقعية بما فيه الكفاية[1]، وهذا غاية ما وصل إليه المنطق القانوني الحديث في شرائط التعاقد وهذا غاية ما وصل إليه المنطق القانوني في شرائط التعاقد.

فقد جاء في المادة (٩٦) من القانون المدني السوري، أنه إذا اتفق العاقدان على النواحي الأساسية في العقد، وأرجىء البحث في التفاصيل الفرعية، ولم يشترطا عدم تمام العقد قبل الاتفاق عليها، اعتبر العقد منعقداً، وإذا اختلفا بعد في تلك الأمور الفرعية يقضي فيها القاضي بالعرف وقواعد العدالة[2].

---

(١) أعلام الموقعين: ٣/٤.

(٢) نظرية العقد: السنهوري: ٣٦٦ - ٣٨٠.

الناحية الخامسة:

إنَّ الاجتهاد الحنبلي أجاز تعليق التصرف بشرط معلق في جميع أنواع العقود، من بيع وإجارة وكفالة وإقالة وإبراء وغيرها، حتى عقد النكاح أيضاً، وذلك على اختلاف في الآراء المذهبية في هذا التعميم[(١)].

وتعليق العقد هو إنشاؤه بصيغة تفيد ارتباط وجوده بأمر آخر معلق عليه، وهو المسمى بالشرط الجعلي.

كقول المرأة: زوجتك نفسي على كذا من المهر إن رضي أبي أو أخي.

وجمهور الفقهاء قد أغلقوا باب التعليق في جميع العقود ولا سيّما التمليكات والنكاح، فاعتبروها بالتعليق باطلة، وإنما سوغوا تعليق الإسقاطات المحضة كالطلاق والإعتاق، وسوّغ الحنفية تعليق عقود الالتزامات والإطلاقات كالكفالة والوكالة بالشرط الملائم دون غير الملائم.

ومستند الإمام أحمد في تجويز تعليق العقود بوجه عام هو إطلاق قول النبيّ ﷺ: **«المسلمون على شروطهم»**[(٢)]، فإنه لم يستثن منه إلا الشرط الذي ينافي كتاب الله تعالى، وهو الشرط الذي يحلّ حراماً أو يحرّم حلالاً، فتستوي فيه الشروط التعليقية والشروط التقيدية.

يقول ابن القيم: إنَّ تعليق العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات وغيرها بالشروط أمر قد تدعو إليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة، فلا يستغني عنه المكلف، وقد نصّ الإمام أحمد على جواز تعليق النكاح بالشرط كما يتعلق الطلاق، وعلى جواز تعليق البيع والإبراء[(٣)].

وقد نصّ قانوننا المدني على صحة تعليق العقود بالشروط تماشياً مع سلطان الإرادة العقدية في المادتين (٢٦٥ ـ ٢٦٦)[(٤)].

---

(١) المدخل الفقهي: ٥٦٤/١.

(٢) مستدرك الحاكم: ٤٩/٢.

(٣) أعلام الموقعين: ٢٣٧/٣.

(٤) المدخل الفقهي العام: ٥٦٥/١.

الناحية السادسة:

أجاز الفقه الحنبلي طريقة العربون، وهي أن يبيع الإنسان الشيء، ويأخذ من المشتري مبلغاً من المال يسمى (عربوناً) لتوثيق الارتباط بينهما، على أساس أنَّ المشتري إذا قام بتنفيذ عقده احتسب العربون من الثمن، وإن نكل كان العربون للبائع.

وبقية المذاهب على أنَّ ذلك غير جائز، لأن فيه شرط مال يستحقه البائع بلا عوض وعليه الاجتهاد الحنفي والمالكي والشافعي.

لكن الإمام أحمد وابن سيرين والإمام نافع بن الحارث أجازوه تمسكاً بما روى وهو عامل عمر بن الخطاب: أنه اشترى لعمر دار السجن بمكة من صفوان بن أمية، وشرط له أنه إن لم يرضها عمر فلصفوان مبلغ معين من المال، وقد أقرّ عمر شرطه هذا[1] ومن المعلوم أنَّ طريقة العربون هي وثيقة الارتباط العامة في التعامل التجاري في العصور الحديثة، وتعتمدها قوانين التجارة وعرفها، وهي أساس لطريقة التعهد بتعويض ضرر الغير عن التعطل والانتظار.

وقد أيّد ابن القيم هذا الاجتهاد بما رواه البخاري: «أنَّ رجلاً قال لكَرِيه (وهو الذي يؤجر الدواب للسفر): أرحل ركابك، فإن لم أرحل معك في يوم كذا، فلك مائة درهم، فلم يخرج، فقال شريح: من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه»[2].

وهذا النوع من الاشتراط المروي عن القاضي شريح في ضمان التعويض عن العطل والانتظار، هو ما يسمى في الفقه الأجنبي (الشرط الجزائي).

الخلاصة:

يتضح أنه في الفقه الحنبلي أربعة أقسام تجعل فيه أربعة أنواع:

١ - شرط يصح ويلزم وهو الأصل في حكم الشرط الذي لا ينافي مقتضى العقد.

---

(١) بداية المجتهد: ١٣٥/٢، الشرح الكبير: ٥٨/٤، ٥٩.

(٢) صحيح البخاري: ٣٥٤/٥، أعلام الموقعين: ٣٣٩/٣.

٢ ـ وشرط يصح ولا يلزم وهو الذي يمنع العاقد من حق يحرص الشرع على بقائه كاشتراط المرأة أن لا يطلقها أو لا يتزوج عليها، ونتيجته صحة الفسخ للمرأة عند المخالفة.

٣ ـ وشرط لا يصح وهو يلغو، وهو ما ينافي مقتضى العقد كاشتراط الزوجة عدم معاشرة الزوج لها.

٤ ـ وشرط لا يصح ويُلغي العقد وهو ما تنعدم به غاية العقد كاشتراطها أن لا تحل لزوجها بالزواج(١).

الشروط العقدية في الفقه الأجنبي:

تعريف الشرط قانوناً:

إنَّ علماء القانون في الفقه الأجنبي لهم في الشروط العقدية تقسيم آخر غير ما أوضحناه في الفقه الإسلامي.

فهم يعرّفون الشرط بأنه: ربط نشوء الالتزام أو زواله بحادث مستقبل محتمل ومعنى كونه محتملاً أنه غير مؤكد الحصول في المستقبل ولا ممتنع.

وهو نفس معنى الشرط التعليقي في اصطلاح الفقه الإسلامي.

تقسيم الشرط قانوناً:

يقسم القانونيون الشرط إلى نوعين أساسيين تتفرع منهما صور فرعية وهما:

١ ـ **الشرط الموقف**(٢): وهو الذي يعلق نشوء الالتزام، ويجعله متوقفاً على أمر في المستقبل محتمل الحدوث، كقول أحدهم: أجرتك داري سنة

---

(١) المدخل الفقهي: ٥٦٧/١.

(٢) تعديل التسمية هي من ترجيح أستاذنا المرحوم مصطفى الزرقا، والترجمة القانونية لهذه التسمية هي الشرط الواقف وليس له اشتقاق من كلمة (أوقف).

على أن تنقلني من وظيفتي، فتكون الإجارة بين الطرفين معدومة قبل وقوع شرط النقل.

٢ ـ **الشرط الفاسخ**: وهو الذي يرتب على وقوعه زوال الالتزام القائم، فتكون الإجارة قائمة بين الطرفين، ولكنها تنفسخ بوقوع الشرط.

والشرط الأساسي عندهم بين النوعين في الحكم هو أنَّ الالتزام في الشرط الموقف معدوم محتمل الوجود، وفي الشرط الفاسخ موجود محتمل الزوال.

ويتفرع عن ذلك تفاصيل مبسوطة في مظانها الكتب القانونية[١].

نقد النظرية الأجنبية في الشروط:

إنَّ شرائع نظرية الالتزامات في الفقه الأجنبي لم يميزوا بين التعليق على الشرط والتقييد بالشرط كما ميّز فقهاءنا وأن ذلك التمييز الدقيق المستند إلى اختلاف ماهية هذين النوعين من الشروط على ما سبق بيانه، بل خلط علماء القانون بينهما وأما تقسيمهم الشرط إلى نوعين: موقف، وفاسخ، فليس في الحقيقة تقسيماً للشرط وإنما هو تقسيم للأمر المشروط، فإن كان المربوط بالشرط هو أصل الالتزام سمي الشرط عندهم موقِفاً، وإن كان المربوط به زوال الالتزام سمي شرطاً فاسخاً فالشرط في كلا الحاليين نوع واحد من قبيل التعليق، ولكن تعليق نشوء الالتزام يتقتضي عدم وجود الالتزام بين الطرفين قبل تحقق شرطه المعلق عليه، وتعليق زوال الالتزام يقتضي قيام الالتزام واستمراره بينهما إلى حين وجود ما يفسخه.

وهذا ما أوهمهم انقسام الشرط نفسه إلى نوعين مختلفي النتائج، بينما اختلاف النتائج ناشيء من اختلاف نوع الأمر المشروط، هل هو نشوء الالتزام أو هو زواله لا من اختلاف في طبيعة الشرط ونوعيته.

ومما يلحظ عليهم أيضاً من حيث الترتيب أنهم لا يبحثون عن الشرط

---

(١) نظرية العقد: السنهوري: ٣٦٦ ـ ٤٨٠.

ضمن نظرية العقد من مصادر الالتزام، بل يبحثون عنه في فصل على حدة، كما لو كان الشرط حالة مستقلة من الأحوال العامة للالتزام نفسه. بينما أنَّ الشرط عنصر عقدي ولا يتصور له وجود إلا تبعاً للعقد، فمحله الخاص المناسب إنما هو نظرية العقد، وعلى هذا جرى القانون المدني الألماني، حيث تكلم عن أحكام الشرط في بحث التصرف القانوني (أي: الإرادة المنفردة) خلافاً للترتيب المألوف في نظرية الالتزام العامة في القانون[1].

(١) المدخل الفقهي العام: ٥٩١/١.

الفصل الثالث

ـ أحكام الشروط في المذاهب الفقهية والأصولية.

دراسة لأدلة الشروط
في المذاهب الفقهية والأصولية والرد عليها

مما سبق عرفنا أنَّ الشارع جعل أساس التعاقد الرضا والاختيار طريقاً لإنشاء الحقوق والواجبات، وانتقالها، وذلك في قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ﴾ [النساء: ٢٩]. وقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١] فهذان النصان الكريمان جعلا للعقود آثاراً والتزامات تنشأ عنها، وأسساً تقوم عليها، فهي بهذا كانت أسباباً في الالتزامات يجعلها الشارع كذلك.

فالفاعل ملتزم لجميع ما ينتجه ذلك السبب من المصالح أو المفاسد، وإن جهل تفاصيل ذلك[١].

وينبني على ذلك أمور:

أحدهما: أنَّ متعاطي السبب إذا أتى به بكمال شروطه، وانتقاء موانعه ثم قصد ألا يقع سببه فقد قصد محالاً، وتكلف رفع ما ليس له رفعه ومنع ما لم يجعل له منعه.

فمن عقد نكاحاً على وضع له في الشرع، أو شيئاً من العقود، ثم

(١) الإحكام في أصول الأحكام: ٥/٥٩٨ ـ ٦١٤.

قصد ألا يستبيح بذلك العقد ما عقد عليه، فقد وقع قصده عبثاً، ووقع المسبب الذي أوقع سببه، وكذلك إذا أوقع طلاقاً أو عتقاً قاصداً به مقتضاه في الشرع ثم قصد ألا يكون مقتضى ذلك، فهو قصد باطل، ومثله في العبادات، فكل قصد مناقض لقصد الشارع باطل.

وكذلك عرفنا مما سبق أنَّ المذهب الحنبلي هو أوسع المذاهب في إباحة الاشتراط لذا يجب الوفاء به حتى يقوم الدليل على المنع والتحريم، ولم يفرق الحنابلة بين عقد البيع وعقد النكاح، وسنعرض إلى أدلة كل المذاهب في استدلالهم بإباحة العقود.

المبحث الأول

أولاً: أدلة الظاهرية:

استدل الظاهرية بالكتاب والسنّة.

١ ـ أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ﴾ [المائدة: ٣].

وجه الدلالة: في الآية دليل على أنَّ الله سبحانه وتعالى قد أكمل الدِّين، وأتمَّ الشريعة فجاءت مشتملة على جميع ما يحتاجه العباد في أمورهم الدينية والدنيوية فإحداث عقد أو تصرف بعد ذلك يكون زيادة على الدين وخروجها عنه فلا يصح.

٢ ـ قوله تعالى: ﴿وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

وجه الدلالة: بيّنت الآية أنَّ الله عزَّ وجل وضع الحدود والأسس، ونهى عن مجاوزتها ووصف من يتعداها بالظلم، فكل عقد لم يرد به دليل معين من الأدلة المعتبرة في إثبات الأحكام الشرعية يكون تعدياً لحدود الشريعة فلا يجب الوفاء به.

وقد ناقش الإمام الفخر الرازي الاستدلال بهذه الآية في الرد على نفاة القياس فقال:

«إنَّ المراد بها أنَّ الله تعالى بيّن حكم جميع الوقائع بعضها بالنص وبعضها بأن بيّن طريقة معرفة الحكم فيها على سبيل القياس، فالوقائع على هذا قسمان:

أحدهما: أنَّ اختيار المكلف وقصده شرط في وضع الأسباب.

فإن كان اختياره منافياً لاقتضاء الأسباب لمسبباتها، كان معنى ذلك أنَّ الأسباب لم يتعاطاها المكلف على كمالها، بل مفقودة الشرط وهو الاختيار، فيلزم أن تكون المسببات الناشئة عن الأسباب غير واقعة بفقد الاختيار.

والثاني: أنَّ القصد المناقض لعقد الشارع مبطل للعمل.

وتعاطي الأسباب المبيحة مثلاً بقصد ألا تكون مبيحة مناقضة لقصد الشارع في التحصيل بواسطة هذه الأسباب، فيكون إذا تعاطي هذه الأسباب باطلاً ممنوعاً، كالمصلي قاصداً بصلاته ما لا تجزئه لأجله، فالجمع بين هذا الأصل، والأصل المذكور جمع بين متنافيين فهو باطل.

والجواب عن الوجه الأول: أنَّ الغرض إنما هو في موقع الأسباب بالاختيار لأن تكون أسباباً، لكن مع عدم اختيار المسبب، وليس الكلام في موقعها بغير اختيار، والجمع بينهما ممكن عقلاً، لأن أحدهما سابق على الآخر فلا يتنافيان، كما إذا قصد الوطء واختاره وكره الولد، أو اختار وضع البذر في الأرض وكره نباته فكما يمكن اجتماعهما في العادات فكذلك في الشرعيات[1].

والجواب عن الوجه الثاني: أنَّ فاعل السبب قاصد أن يكون ما وصفه الشارع منتجاً غير منتج، وما وصفه سبباً فعله هنا على أن يكون سبباً لا يكون له مسبب، وهذا ليس له، فقصده فيه عبث، فإنَّ فاعل السبب فيه

---

(١) الموافقات: الشاطبي: ١/١٤٢.

قاصد لجعله سبباً لمسبب لم يجعله الشارع مسبباً له، كنكاح المحلل عند القائلين بمنعه، فإنه قاصد بنكاحه التحليل لغيره، ولم يضع الشارع النكاح لهذا السبب، فقارن هذا القصد للعقد، فلم يكن سبباً شرعياً فلم يكن محللاً للنكاح ولا المحلل له لأنه باطل.

وإذا لم تفعل الأسباب على ما ينبغي، ولا استكملت شرائطها، ولم تنتفِ موانعها، فلا تقع مسبباتها شاء المكلف أو أبى، لأن المسببات ليس وقوعها أو عدم وقوعها لاختياره.

وأيضاً فإن الشارع لم يجعلها أسباباً مقتضية إلا مع وجود شرائطها، وانتفاء موانعها فإذا لم تتوفر لم يستكمل السبب أن يكون سبباً شرعياً[١].

فالسبب يكون بإرادة المكلف واختياره، أما المسبب ليس باختياره ورضاه وإنما هو من عمل الشارع وجعله لا دخل لإرادة المكلف فيه، وليس في ذلك هدم لأصل الرضا والاختيار، لأن آثار العقود وأحكامها لما كانت معلومة للعاقدين فإقدامهما على هذا العقد بمحض إرادتهما ورغبتهما يعتبر رضا منهما بالعقد، وما يترتب عليه من آثار وأحكام[٢].

المبحث الثاني

أنواع الشروط من حيث التقديم والتأخير:

الشرط في الفقه على نوعين:

١ ـ الشرط المحض.

---

(١) الموافقات: الشاطبي: ١٤١/١ ـ ١٤٦.

(٢) نظرية العقد: شوكت العدوي: ١٢٤، الإحكام في أصول الأحكام: ابن حزم: ٥٩٨/٥ ـ ٦١٤.

٢ ـ شرط التقييد.

أولاً: الشرط المحض: شرط الشيء ما يتوقف عليه تحققه، ولا يكون داخلاً في ذلك الشيء، ولا مؤثراً فيه ينتفي بانتفائه.

وينقسم هذا الشرط إلى نوعين:

١ ـ شرط حقيقي أو شرعي.

٢ ـ شرط جعلي.

الشرط الحقيقي: وهو ما يتوقف عليه وجود الشيءفي الواقع كالحياة مع العلم، أو بحكم الشارع حتى لا يصح الحكم بدونه كما في الوضوء بالنسبة للصلاة، إذ الوضوء أمر خارج عن الصلاة أوجبه الله تعالى على العبد قبل الدخول فيها ليهيء نفسه للقاء ربه، والمثول بين يديه، ولا يقتضي وجود الوضوء وجود الصلاة، ولكن الصلاة يتوقف وجودها عليه، فإذا لم يوجد لم توجد.

فالوضوء غير مؤثر في وجودها، فالشرط يتعلق به وجود الحكم لا وجوبه، كالشهود للنكاح[1].

الشرط الجعلي: فهو أمر يعتبره المكلف ويعلن عليه تصرفاً في تصرفاته، وقد سمي بذلك لأن المكلف هو الذي جعله شرطاً، وعلّق عليه قيام التصرف، كما يسمى العقد المعلق على شرط عقداً معلقاً، ويسمى الشرط أيضاً شرطاً معلقاً أو شرط التعليق.

وقد عرف الحموي شرط التعليق بقوله: هو ترتيب أمر لم يوجد على أمر يوجد بأن أو إحدى أخواتها. ويسمى أيضاً بالشرط اللغوي، لأن واضع اللغة هو الذي ربط الشرط بالمشروط، أي جعل هذا الربط اللفظي دالاً على ارتباط معنى اللفظ بعضه ببعض.

---

(١) حاشية الحموي على الأشباه والنظائر.

والفرق بين الشرط التقييدي والجعلي:

أنَّ الشرط الحقيقي إذا انتفى فيه الشرط ينتفي المشروط، أما الشرط الجعلي فإن المشروط يمكن أن يوجد بدون الشرط[1].

نحو: إن دخلت الدار فأنت طالق.

ثانياً: شرط التقييد: وقد عزفه الحموي بقوله: «أنه التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة».

أو بعبارة أخرى: أن يقترن التصرف بالتزام أحد الطرفين أو كليهما الوفاء بأمر زائد عن أصل التصرف، وغير موجود وقت التعاقد، وذلك بكلمة بشرط كذا، أو على أن يكون كذا، أو ما أشبه ذلك مما يدل على الاشتراط[2].

أنواع الشروط:

الشرط في الفقه الإسلامي قد يشترطه العاقد بعبارته ولفظه الصريح ويسمى الشرط اللفظي وقد يكون شرطاً عرفياً أو أمراً تعارف الناس عليه، واعتادوا التزامه، وإن لم يذكر في أثناء العقد ويسمى الشرط العرفي.

فالشرط اللفظي: هو التزام العاقد أمراً من الأمور بلفظ يدل على هذا الالتزام[3].

الشرط العرفي:

هو ما يتقيد به التصرف بناء على ما اعتاده جمهور الناس وألفوه من قول أو فعل تكرر مرة بعد أخرى حتى تمكن أثره من نفوسهم وصارت عقولهم تتلقاه بالقبول.

---

(١) نظرية الشروط المقترنة بالعقد: زكي الدين شعبان: ٣٧.

(٢) موسوعة الفقه الإسلامي: ١٤٢/١١.

(٣) نظرية الشروط المقترنة بالعقد: ص٣٧.

ويشترط في العرف ما يلي:

١ ـ أن يكون العرف مطرداً أو غالباً.

٢ ـ أن يكون العرف المراد تحكيمه في التصرفات قائماً عند إنشائها.

٣ ـ ألا يعارض العرف تصريحاً بخلافه.

٤ ـ ألا يعارض العرف نصاً شرعياً ولا قاعدة شرعية من القواعد الأساسية ولا حكماً ثابتاً بحيث يكون العمل بالعرف تعطيلاً له.

وقد اختلف الفقهاء في تقييد العقود والتصرفات بالعرف على آراء[(١)].

ذهب الحنفية إلى اعتبار الفرق الصحيح، وتقييد العقد به، كالشرط اللفظي، وجعلوا العرف أصلاً تنبني عليه الفتاوى والأحكام، ووردت عنهم كلمات جرت مجرى المبادىء العامة والقواعد الكلية، كقولهم: «العادة محكمة» «الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي»[(٢)].

وذهب المالكية مذهب الحنفية. قال ابن فرحون: «سألنا مالكاً عمن تزوج امرأة فأصدقها صداقاً فطلبت منه نفقة العروس هل ذلك عليه؟ قال: ما أرى ذلك عليه، وما هو بصداق ولا شيء ثابت، ولا هو لها إن مات، ولا نصفه إن طلق. فرُد عليه وقيل له: يا أبا عبدالله إنه شيء أجروه بينهم وهي سنتهم، فقال: إن كان ذلك سأفهم فأرى أن يفرض عليهم»[(٣)].

فقد أنزل الإمام مالك عرف الناس في نفقة العريس منزلة اشتراطه صراحة، وهذا يدل على أنَّ العرف عند المالكية ينزل منزلة النص الصريح.

أما الشافعية: فالأصح عندهم أن العرف لا ينزل منزلة النص الصريح[(٤)].

والراجح هو اعتبار العرف منزلة الشرط اللفظي في صحة تقييد العقود والتصرفات.

---

(١) المدخل الفقهي العام: عيسوي أحمد عيسوي: ص٢١٨.

(٢) المبسوط: السرخسي: ١٤/١٣.

(٣) تبصرة الحكام: ابن فرحون: ٦٢/٢.

(٤) الأشباه والنظائر: السيوطي: ١٠٦.

الفرق بين الوعد والشرط:

الوعد: هو الإخبار عن إنشاء المخبر معروفاً في المستقبل.

حكمه: يتفق الفقهاء على وجوب الوفاء بالوعد ديانة ومروءة، لأن ذلك من مكارم الأخلاق، ولكنهم يختلفون في وجوب الوفاء به قضاءً بمعنى أنَّ الواعد إذا امتنع عن الوفاء بوعده، هل للقاضي أن يجبر على الوفاء به، كما يجبر العاقد على الوفاء بعقده؟

اختلفت آراء الفقهاء في ذلك، فجمهور الفقهاء يرى أنَّ الواعد لا يجبر على الوفاء بوعده قضاء، بل هو مخيّر بين أن يفيَ بوعده وبين ألا يفي به، فإذا وفى بوعده كان حسناً، وكان وفاؤه من الأعمال الحميدة، وإذا لم يفِ بوعده لم يكن للقضاء أن يجبره على الوفاء به.

وذهب المالكية على القول الصحيح إلى وجوب القضاء بالوعد على الواعد إذا دخل الموعود بسبب العدة في شيء.

مثال ذلك أن يقول شخص لآخر: إني أريد أن أهدم داري، ولكن ليس عندي من المال ما أعيد به بناءها، فيقول له: اهدم دارك وأنا أسلفك ما تبنيها به، فيهدمها معتمداً على وعده، فإنه يجب عليه الوفاء بما وعد به، فإن لم يفعل قضى ما عليه بما التزمه بوعده لأنه أدخله بوعده فيما فعل[1].

وذلك لقوله تعالى: ﴿كَبُرَ مَقْتًا عِندَ ٱللَّهِ أَن تَقُولُوا۟ مَا لَا تَفْعَلُونَ ۝٣﴾ [الصف: ٣].

وهذا القول هو الراجح لأنه يتفق مع الشرع والمصلحة إلا إذا وجد ما يمنع من الوفاء بالوعد كموت الواعد أو إفلاسه، وقد جاءت نصوص الكتاب والسنّة تأمر بالوفاء بالعهد والوعد، وتحذر من الأخلاق فيه وتعتبر ذلك من صفات المنافقين[2].

(١) فتاوي الشيخ عليش: ١/٢٥٤، الأشباه والنظائر للسيوطي: ١٠٦.

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي: ٢/٤٦.

الفرق بين الشرط والوعد:

لم يضع الفقهاء ضابطاً للتفرقة بين الشرط والوعد، وإن كانت أقوالهم ترجع في الجملة إلى اعتبار القرائن، وإلى اعتبار عرف الناس وعادتهم.

جاء في الإقناع للمقدسي: والشرط بين الناس ما عدوه شرطاً، فالأسماء تعرف حدودها تارةً بالشرع، وتارةً باللغة، وتارةً بالعرف وكذلك العقود(1).

ونتيجة للتفرقة بين الشرط والوعد، أبطل بعض الفقهاء بعض الشروط التي وردت النصوص بجوازها وحملوها على الوعد، كما جاء في حديث بريدة وشراء السيدة عائشة رضي الله عنها لها بشرط عتقها، حيث أبطلوا هذا الشرط، وقالوا: الأمر محمول على الوعد أي الوعد بالعتق، لذا فلا يجب الوفاء به(2).

وكذلك قالوا في قصة جابر بن عبدالله رضي الله عنهما من أنه باع بعيراً واشترط ظهره إلى أهله، قال الفقهاء: إنَّ ركوب جابر لم يكن شرطاً في البيع، وإنما كان تطوعاً من الرسول ﷺ(3).

موضع الشرط من العقد:

الشرط الذي يزاد على العقد، وفيه فائدة لأحد المتعاقدين أو لغيرهما.

إما أن يتفق عليه قبل إنشاء العقد، ولا يذكر في أثناء العقد، ويسمى شرطاً متقدماً.

وإما أن يتم الاتفاق عليه بعد إنشاء العقد، وتمامه، ويسمى بالشرط اللاحق أو المتأخر وإما أن يذكر في أثناء العقد مقترناً بصيغته ويسمى شرطاً مقارناً.

ولا خلاف بين الفقهاء في ثبوت الشرط المقارن في العقد وتأثيره فيه، ولكنهم اختلفوا في الشرط المتقدم على العقد والمتأخر.

---

(1) الإقناع للمقدسي: ١٦٧/٣.
(2) شرح فتح القدير: ابن الهمام: ٢١٦/٥.
(3) المحلى لابن حزم: ٤١٨/٨.

الشرط المتقدم:

إذا اشترط العاقدان شرطاً قبل العقد، ثم أجريا العقد من غير نفي عليه ولا إشارة فالمشهور عند الشافعية والظاهرية ورواية عن أحمد أنه لا تأثير للشرط المتقدم على العقد أصلاً، بل يكون مجرد وعد غير لازم الوفاء، لا من قبل العقد لغو فلا يلتحق به.

وذهب المالكية وأحمد في رواية ثانية إلى التحاق الشرط المتقدم بالعقد، مثل الشرط المقارن من غير فرق بينهما.

وذهبت طائفة من أصحاب أحمد كالقاضي أبي يعلى إلى التفرقة بين أن يكون الشرط رافعاً لمقصود العقد أو مغيراً له، فإن كان رافعاً لمقصود العقد كالمواطأة على كون العقد تلجئة أو تحليلاً أبطله، وإن كان مغيراً لمقصود العقد كاشتراط كون المهر أقل من المسمى لم يؤثر فيه[(١)].

ويفرق أبو حنيفة بين الشرط الصحيح، والشرط الفاسد في عقد البيع دون النكاح، لأن النكاح لا يفسد بالشرط الفاسد، لذا فإنه يرى أنَّ الشرط المتقدم إذا كان صحيحاً التحق بالعقد ووجب الوفاء به، وهو مايراه صاحباه محمد وأبو يوسف، فإن كان الشرط فاسداً فلا يلتحق بالعقد عنده خلافاً لصاحبيه[(٢)].

قال في جامع الفصولين: (لو شرط التلجئة[(٣)] في البيع فسد البيع، ولو تواطئا قبل البيع ثم تبايعا بلا ذكر شرط جاز البيع عند أبي حنيفة إلا إذا تصادقا على أنهما تبايعا على تلك المواضعة. والراجح من هذه الأقوال هو ما ذهب إليه القائلون بالتسوية بين الشرط المتقدم والمقارن، وهم المالكية والحنابلة في الرواية المشهورة، وأبو حنيفة وأصحابه في الشرط الصحيح، لأن القول بعدم التسوية بينهما يؤدي إلى فتح باب التحايل إلى الشروط المحرمة)[(٤)].

---

(١) الفتاوى لابن تيمية: ٣٤٩/٣.

(٢) فتاوى الشيخ عليش: ١٢٠/٢.

(٣) بيع التلجئة: وهو ما يسمى بيع الأمانة؛ وهو أن يخاف إنسان اعتداء ظالم على بعض ما عليك، فيتظاهر هو ببيعه لثالث فراراً منه، ويتم العقد مستوفياً أركانه وشرائطه. الفقه الإسلامي وأدلته: ٣٦١/٤.

(٤) جامع الفصولين: ١٧١/١.

يقول ابن القيم في أعلام الموقعين: (ولا فرق بين الشرط المتقدم والمقارن إذ مفسدة الشرط المتقدم لم تزل بتقدمه وإسلامه بل مفسدته مقارناً كمفسدته متقدماً وأي مفسدة زالت بتقدم الشرط إذا كان قد علما، وعلم الله تعالى، والحاضرون أنهما عقدا على ذلك الشرط الباطل المحرم، وأظهرا صورة العقد مطلقاً، وهو مقيد في الأمر بذلك الشرط المحرم، فإذا اشترطا قبل العقد أنَّ النكاح نكاح تحليل أو متعة أو شغار، وتعاهدا على ذلك وتواطئا عليه قبل العقد، ثم عقدا على ما اتفقا عليه، وسكتا عن إعادة الشرط في صلب العقد اعتماداً على تقدم ذكره والتزامه، لم يخرج العقد بذلك عن كونه عقد تحليل ومتعة وشغار حقيقة، وكيف يعجز المتعاقدان اللذان يريدان عقداً قد حرّمه الله ورسوله لوصف أن يشترطا قبل العقد إرادة ذلك الوصف، وأنه المقصود ثم يسكتا عن ذكره في صلب الموضوع ليتم غرضهما؟ وهل أتمام غرضهما إلا عين تفويت مقصود الشارع، وكيف تفرق الشريعة بين متماثلين من كل وجه لافتراقهما في تقدم لفظ وتأخره مع استواء العقدين في الحقيقة والمعنى والقصد)[1].

الشرط المتأخر:

إذا اتفق العاقدان على شرط بعد إنشاء العقد وتمامه سمي هذا الشرط بالشرط اللاحق أو المتأخر، وتتلخص آراء الفقهاء في الشرط المتأخر فيما يلي:

ذهب المالكية والظاهرية في الشروط المتأخر إلى عدم التحاق الشرط المتأخر بالعقد.

وذهب أبو حنفية إلى التحاق الشرط المتأخر بالعقد مطلقاً خلافاً لصاحبه محمد وأبي يوسف في الشرط الفاسد، حيث قالا: أنه لا يلحتق بالعقد ولا يؤثر فيه[2].

---

(١) أعلام الموقعين: ١٣٣/٣.

(٢) بدائع الصنائع: ١٧٦/٥.

أما الشافعية والحنابلة قالوا: إن كان الشرط المتأخر قبل لزوم العقد فإنه يلتحق به وإن كان بعد لزوم العقد فلا يلتحق به.

والقول الراجح: هو ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة الذين قالوا بالتحاق الشرط المتأخر بالعقد إن كان قبل لزوم العقد، وعند التحاقه بالعقد إن كان بعد اللزوم فلا يلتحق به[١].

المبحث الثالث

آراء الفقهاء في الشروط المقترنة بالعقد:

للفقهاء في ذلك مذهبان:

المذهب الأول: يرى أنَّ الأصل هو فساد الشروط وتحريمها، ولا يصح شرط منها إلا بدليل معين يدل على الصحة والجواز.

هذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء والظاهرية وفريق في الحنابلة.

جاء في الفتاوى لابن تيمية:

الأصل في الشروط الخطر إلا ما رد الشرع بإجازته، فإن الإمام أحمد قد يعلل بطلاق العقد بكونه لم يرد به أثر ولا قياس، وكذلك طائفة من أصحابه فقد يعللون فساد الشروط بأنها تخالف مقتضى العقد[٢].

ويقول ابن حزم: إنَّ كل شرط اشترطه إنسان على نفسه أو لها على غيره فهو باطل لا يلزم من التزامه أصلاً إلا أن يكون النص أو الإجماع قد ورد أحدهما بجواز التزام الشرط بعينه أو بإلزامه.

والمذهب الثاني: يرى أنَّ الأصل في الشروط الجواز والصحة ولا

---

(١) تحفة المحتاج: ٢٩٦/٤.

(٢) الفتاوى لابن تيمية: ٣٢٣/٣.

يبطل شرط منها إلا إذا قام الدليل المعين على إبطاله وإلغائه، وهو مذهب ابن تيمية وابن القيم.

يقول ابن تيمية في الفتاوى:

إنَّ أصول الإمام أحمد المنصوص عنه أكثرها تجري على هذا القول، ومالك قريب منه ولكن أحمد أكثر تصحيحاً للشروط، فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحاً للشروط منه[1].

أدلة كل فريق:

أولاً: أدلة القائلين بأنَّ الأصل في الشروط المنع والتحريم حتى يقوم الدليل المعين على الجواز والصحة.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

وقوله تعالى: ﴿وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ﴾ [الطلاق: ١].

وجه الدلالة: بيّن سبحانه وتعالى بهاتين الآيتين الحدود التي لا يصح لعباده أن يتجاوزها ووصف من يتعداها بالظلم، فكل شرط لم يرد به دليل معين يكون تعدياً لحدود الشريعة ولذا فلا يجب الوفاء به.

وقد نوقش الاستدلال بهاتين الآيتين بأنه ليس فيهما ما يدل على مدعاهم إذ هما واردتان في شأن من يخالف ما شرعه الله جلَّ شأنه بفعل ما نهى عنه وترك ما أمر به، دليل ذلك ما ذكر من أحكام شرعية، فالمقصود من الأحكام الشرعية بيان حكم المتعدي لحدود الله، وذلك ردعاً وزجراً للعباد عن مخالفة شرع الله وحكمه وبهذا يبطل الاحتجاج بهاتين الآيتين.

وأما السنة: فاستدلوا بما يلي:

أ ـ قول رسول الله ﷺ: **«من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو ردّ»**[2]، أفاد الحديث بطلان كل عمل لا يسير على طريقة المسلمين ولا

---

(١) الفتاوي: ٣/٣٢٦.

(٢) سنن أبي داوود: ٤/٢٠٠.

يوافق شرع الله وحكمه، والشرط الذي لم يرد على صحته وجوازه دليل معين ليس على طريقة الشارع ولا يتفق مع حدوده الشرعية لذا كان مردوداً وباطلاً، فلا يجب الوفاء به.

والرد على هذا الاستدلال: بأن ما أفاده هو بطلان كل فعل يخالف حكم الله وشريعته.

ويدخل في ذلك بطلان الشروط التي تخالف حدود الشارع وحكمه، أما الحكم ببطلان كل شرط لم يرد عن الشارع دليل معين يدل على تحريمه وفساده ودخوله تحت هذا الحديث فغير مسلم.

ب ـ ما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت: جاءتني بريرة قالت: كاتبت أهلي على تسع أواق في تسع سنين في كل سنة أوقية فأعينيني، فقالت عائشة: إن شاء أهلك أن أعدها لهم عدّة واحدة، ويكون الولاء لي فعلت، فذكرت ذلك لأهلها، فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم، فأتتني فذكرت ذلك، قالت: فانتهرتها، فسمع رسول الله ﷺ فسألني فأخبرته، فقال: **«اشتريها وأعتقيها، واشترطي لهم الولاء، فإن الولاء لمن أعتق»**، ففعلت، قالت: ثم خطب رسول الله ﷺ عشية فحمد الله وأثنى عليه بما هو أهله، ثم قال: **«أما بعد، فما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله عزَّ وجل فهو باطل، وإن كان مائة شرط كتاب الله أحق وشرط الله أوثق، ما بال رجال منكم يقول أحدهم: أعتق فلاناً والولاء لي، إنما الولاء لمن أعتق»**[1].

والحديث يدل على أنَّ كل شرط لم يرد على صحته دليل معين في كتاب الله جلَّ ثناؤه فهو باطل ملغى إلا أنه ليس في حكم الله وشرعه، لذا فلا يجوز اشتراطه ولا يحل الوفاء به.

كما دلّ الحديث من ناحية أخرى على بطلان شرط الولاء للبائع الذي ليس بمعتق لمنافاة هذا الشرط لمقتضى عقد البيع، إذ مقتضاه ثبوت المُلك

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووي: ١٤٤/١٠.

للمشتري في العين المبيعة وما يترتب على الملك من الحقوق والأثار التي منها ثبوت للمالك عند عتق الرقيق، فاشتراطِ الولاء للبائع الذي ليس بمعتق يكون مخالفاً لهذا المقتضى ومنافياً له، فلا يكون صحيحاً ولا يجب الوفاء به، ويقاس عليه كل شرط يخالف مقتضى العقد الذي يوجد فيه، فإنه يكون باطلاً ولا يجب الوفاء به.

وقد رُدّ عليه أنَّ أكثر الأحكام الشرعية مستفادة من أدلة أخرى اعتمدها الفقهاء لما رأوا أنها لا تتنافى مع روح الشريعة وأسسها العامة وقواعدها الكلية.

فليس المراد بكتاب الله في قوله: **«ما كان من شرط ليس في كتاب الله»** القرآن قطعاً فإن أكثر الشروط الصحيحة ليست في القرآن بل علمت من السنّة فعلم أنَّ المراد بكتاب الله حكمة، كقوله تعالى: ﴿كِتَٰبَ ٱللَّهِ عَلَيۡكُمۡۚ﴾ [النساء: ٤] وقول النبيّ ﷺ: **«كتاب الله القصاص»** في كسر السن، فكتابُه سبحانه يطلق على كلامه وعلى حكمه[١].

ومعلوم أنَّ كل شرط ليس في حكم الله فهو مخالف له فيكون باطلاً، ولكن أين في هذا، إن ما سكت عن تحريمه من العقود والشروط يكون باطلاً حراماً، وتعدى حدود الله هو تحريم ما أحلّه الله أو إباحة ما حرّمه أو إسقاط ما أوجبه، لا إباحة ما سكت عنه وعفا عنه، بل تحريمه هو نفس تعدي حدوده.

أما بطلان شرط الولاء للبائع الذي ليس بمعتق، فليس لكونه شرطاً ينافي مقتضى عقد البيع، وإنما لكونه مخالفاً لما شرعه الله ونبيّه على لسان رسوله ﷺ: **«إنما الولاء لمن أعتق»**، فشرط خلاف ذلك يكون شرطاً مخالفاً لحكم الله فيكون باطلاً[٢].

أما المعقول فقالوا فيه: إنَّ العقود والتصرفات الشرعية لها مقتضيات

---

(١) المغني: ٩٣/٧.

(٢) أعلام الموقعين: ٣٤٧/١.

وأحكام تترتب عليها بوضع الشارع وجعله، فإرادة تغيير هذه المقتضيات باشتراط ما يخالفها تغيير لما أوجبه الشارع، وهو لا يجوز إلا بإذن من الشارع ودليل منه يدل على جواز ذلك وصحته.

وقد رُدّ على ذلك بأن هذا الدليل غير مسلم لأنه لا يصح التمسك بمقتضيات العقود المطلقة، بمعنى ألا يملك العاقد تغيير حكم من أحكامها أو أثر من آثارها إلا بدليل معين يبيح له ذلك، وذلك لأن الشارع الحكيم الذي وضع الشريعة لتكون عامة للناس في جميع الأزمنة، قد أعطى العاقد سلطاناً كبيراً، ومنحه حرية واسعة في إنشاء تلك الأسباب وترتيب ما يشاء من الآثار والالتزامات، وذلك بإيجابه الوفاء بالعقود والعهود على وجه العموم، ويجعله سبحانه الرضا أساساً لنقل الحقوق وإسقاطها، حيث يقضي هذا بأن نتيجة العقد، وما يترتب عليه شرعاً تابع لما يتراضى عليه العاقدان، ويلزمان به أنفسهما ما لم يكن في شيء من ذلك مخالفة لحكم الله ومناقضة لشرعه ودينه[1].

يقول ابن القيم: أباح الله سبحانه للمكلف تنويع أحكامه بالأسباب التي ملكه إياها فيباشر من الأسباب ما يحله له بعد إن كان حراماً عليه، أو يحرمه عليه بعد أن كان حلالاً له، أو يوجبه بعد أن لم يكن واجباً، أو يسقطه بعد وجوبه، وليس في ذلك تغيير لأحكامه بل كل ذلك من أحكامه فهو الذي أحلَّ وحرّم وأوجب وأسقط، وإنما إلى العبد الأسباب المقتضية لتلك الأحكام ليس إلا، فكما أنَّ شراء الأمة ونكاح المرأة يحلّ له ما كان حراماً عليه قبله، وطلاقها وبيعها بالعكس يحرمها عليه، ويسقط عنه ما كان واجباً عليه من حقوقها، كذلك التزامه بالعقد والعهد والنذر والشرط، فإذا ملك تغيير الحكم بالعقد ملكه بالشرط الذي هو تابع له، وقد قال تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [المائدة: ١]. فالتجارة التي تراضى المبايعان، فإذا تراضيا على شرط لا يخالف حكم الله جاز لهما ذلك ولا يجوز إلغاؤه، وإلزامها بما لم يلتزماه ولا إلزمها الله ولا رسوله به، ولا

(١) نظرية الشروط المقترنة بالعقد: زكي الدين شعبان: ص٧٢.

يجوز إبطال ما شرطاه مما لم يحرم الله ورسوله عليهما شرطه ومحرم الحلال كمحرم الحرام[1].

هذه هي أدلة القائلين بأن الأصل في الشرط المنع والتحريم إلا إذا قام الدليل المعين على الجواز والصحة والمناقشات التي وردت عليها.

ثانياً: أدلة القائلين بأن الأصل في الشروط الجواز والصحة ولا يحرم شرط منها إلا إذا خالف الشرع.

أما الكتاب: فاستدلوا بما يأتي:

قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١] فقد أوجب سبحانه الوفاء بالعقود من غير تعيين، فكل ما يصدق عليه أنه عقد فهو واجب الوفاء، ولا شك أنَّ العقود شروط[2]، فيكون كل شرط واجب الوفاء به إلا ما قام الدليل على منعه وتحريمه، وقوله تعالى: ﴿وَبِعَهۡدِ ٱللَّهِ أَوۡفُواْۚ﴾ [الأنعام: ١٥٢]، وقوله تعالى: ﴿وَمَنۡ أَوۡفَىٰ بِمَا عَٰهَدَ عَلَيۡهُ ٱللَّهَ فَسَيُؤۡتِيهِ أَجۡرًا عَظِيمًا﴾ [الفتح: ١٠] وغيرها من الآيات.

فقد قال ابن حزم: هذه الآيات ليست على عمومها، ولكنها في بعض العهود وبعض العقود وبعض النذور، وبعض الشروط، وهي قول رسول الله ﷺ: **«لا نذر في معصية الله تعالى، ولا فيما لا يملك العبد»**[3]، وقوله ﷺ: **«من نذر أضحية يطيع الله فليطعه، ومن نذر أن يعصي الله فلا يعصيه»**[4] وكذلك قول الرسول ﷺ: **«كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»**[5]، فصح بهذه النصوص أن تلك الآيات إنما هي فيمن شرط أو نذر أو عقد، أو عاهد على ما جاء القرآن أو السنّة بإلزامه فقط.

واستطرد ابن حزم في مناقشته يقول: ولا نزاع على من نذر أو عقد

---

(١) أعلام الموقعين: ٣٤٧/١.
(٢) الإحكام في أصول الأحكام: ٥٩٩/٥.
(٣) نيل الأوطار: ٥٠٤/٥.
(٤) نيل الأوطار: ٥٠٧/٥.
(٥) سبق تخريجه.

أو عاهد أو شرط أن يزني أو يكفر أو يقتل مسلماً ظلماً، أو أن يأخذ ما لا بغير حق، أو يترك صلاة فلا يحلّ له الوفاء بشيء من ذلك لأنه معصية، فلا فرق بين هذا وبين من شرط وعاهد وعقد أن يضيع حداً أو أن يبطل حقاً أو أن يمنع مباحاً[1].

وأجيب عن ذلك بأن حمل الاستدلال بالآيات الكريمة السابقة على إيجاب الوفاء بالشروط التي دلّ على اعتبارها وصحتها دليل معين من كتاب أو سنة أو إجماع غير مسلم، لأنه لا يراد بقوله ﷺ: **«كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»**، بطلان كل شرط لم يرد على صحته وإباحة اشتراطه دليل معين من هذه الأدلة، وإنما معناه بطلان الشرط الذي يخالف حكم الله وشرعه، ومعلوم أنَّ كل شرط ليس في حكم الله فهو مخالف له، فيكون باطلاً ولا يجب الوفاء به.

أما إذا لم يكن الشرط مما حرّمه الله فلم يخالف كتاب الله وشرعه، فإنه يكون واجب الوفاء بمقتضى هذه الآيات، ولو كان وارداً في أدلة أخرى غير هذه الأدلة، ما دامت معتمدة لدى الفقهاء ولا تتنافى مع أصل من أصول الشرع، ولا قاعدة من قواعده الكلية.

أما السنة: فاستدلوا منها بما يلي:

قوله ﷺ: **«أربع من كنَّ فيه كان منافقاً خالصاً، ومن كان فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها، إذا حدَّث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا عاهد غدر، وإذا خاصم فجر»**[2].

وقوله ﷺ: **«إذا جمع الله الأولين والآخرين يوم القيامة يرفع لكل غادر لواء، فيقال: هذه غدرة فلان بن فلان»**[3].

وقوله ﷺ: **«خيركم قرني، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم، ثم**

---

(١) الإحكام في أصول الأحكام: ٥/٦٠٠، ٦٠١.
(٢) صحيح مسلم بشرح النووي: ٢/٤٦.
(٣) صحيح مسلم بشرح النووي: ١٢/٤٢.

يجيء قوم ينذرون ولا يفون، ويخونون ولا يؤتمنون»[1].

وقد جاءت هذه الآيات في ذم الغادر، وكل من شرط شرطاً ثم نقضه فقد غدر.

لذلك جاءت الآيات والأحاديث بالأمر بالوفاء بالعهود والشروط والمواثيق والعقود ورعاية ذلك، والنهي عن الغدر ونقض العهود والخيانة والتشديد على من يفعل ذلك، ولو كان الأصل فيها الخطر والفساد إلا ما أباحه الشرع لم يجز أن يؤمر بها مطلقاً، ويذم من نقضها وغدر مطلقاً، وإذا كان من علامات النفاق وخلاف الوعد وليس بمشروط فكيف الوعد المؤكد بالشرط؟ هل ترك الوفاء بالشرط يدخل في الكذب والخلف والخيانة والغدر؟

يقول ابن تيمية: وإذا كان حسن الوفاء ورعاية العهد مأموراً به، علم أنَّ الأصل صحة العقود والشروط، إذ لا معنى للتصحيح إلا ما ترتب عليه أثره وحصل به مقصوده، ومقصوده هو الوفاء به، وإذا كان الشرع قد أمر بمقصود العهد دلّ على أنَّ الأصل فيها الصحة والإباحة[2].

أما قوله ﷺ: **«الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرّم حلالاً أو أحلّ حراماً»**[3].

وقوله ﷺ: **«المسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حرّم حلالاً أو أحلّ حراماً»**[4].

فهذان الحديثان يدلان أن المشترط ليس له أن يبيح ما حرمه الله ولا يحرم ما أباحه الله فإن شرطه يكون حينئذ يعد إبطالاً لحكم الله، وليس للمشترط أن يسقط ما أوجبه الله وإنما له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجباً بدونه.

---

(١) صحيح البخاري: ٧٩/٣.
(٢) الفتاوى لابن تيمية: ٣٣٢/٣.
(٣) سنن أبي داوود: ٣٠٤/٢.
(٤) سنن الترمذي: ٤٠٣/٢.

فمقصود الشروط وجوب ما لم يكن واجباً ولا حراماً، وعدم الإيجاب ليس نفياً للإيجاب حتى يكون المشترط مناقضاً للشرع، وكل شرط صحيح فلا بد أن يفيد وجوب ما لم يكن واجباً، ويباح أيضاً لكل منهما ما لم يكن مباحاً، ويحرم على كل منهما ما لم يكن حراماً.

وقد وردت شبهة عند بعض الناس حتى توهم أنَّ هذا الحديث متناقض وليس كذلك، بل كل ما كان حراماً بدون الشرط، فالشرط لا يبيحه كالزنا وكالوطء أو بملك اليمين، فلو أراد الرجل أن يعير أمته للوطء لم يجز له، وكذلك الولاء، نهى النبيّ ﷺ عن بيع الولاء، وعن هبته، وجعل الله الولاء كالنسب، يثبت للمعتق كما يثبت النسب للوالد[1].

وقد نوقش هذا الاستدلال بأنه ضعيف لا يصح الاحتجاج به.

قال الشوكاني: الحديث أخرجه الحاكم وابن حبان عن عبدالله بن عمر بن عوف عن أبيه وهو ضعيف جداً، وما صححه الترمذي لا يعتمد العلماء على تصحيحه[2].

قال ابن كثير: إنَّ الاستدلال بهذا الحديث بأن الشروط فيه قد أضيفت إلى المسلمين ولا شروط للمسلمين إلا الشروط التي أباح الله تعالى في القرآن أو في السنّة الثابتة عقدها، فلا شروط للمسلمين غيرها، لأن المسلمين لا يستجيزون إحداث شروط لم يأذن الله تعالى بها[3].

وقيل أيضاً: بأن هذا الحديث قد جاءت زيادة في بعض رواياته بقوله: **«إلا شرطاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً»**، أو: **«ما وافقت الحق»** في رواية أخرى.

فالرواية الأولى: تفيد بطلان كل شرط يتضمن تحريم ما أباحه الله تعالى لعباده أو إباحة ما حرمه عليهم.

وشروط العباد لا تخرج عن ذلك، لأن منها ما يحرم الحلال، ومنها

---

(١) الفتاوى لابن تيمية: ٣/٣٣٣.

(٢) نيل الأوطار: ٥/٢٨٧.

(٣) نيل الأوطار: ٥/٢٨٧.

ما يبيح الحرام، فإن من يشرط على نفسه في عقد الزواج ألا يتزوج على امرأته، أو لا ينقلها من بلدها أو دارها فإنه يحرم على نفسه ما أحل الله تعالى له من الانتقال من بلد إلى بلد آخر ومن دار إلى دار أخرى ومن التزوج بأكثر من زوجة واحدة إلى أربع من الحرائر، وذلك يخالف كما قال ابن حزم ما أمر الله تعالى به، إذ يقول تعالى: ﴿فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾ [النساء: ٣]، وقوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾ [المؤمنون: ٦]، وقال: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: ٦]، وقال تعالى: ﴿فَٱمْشُوا۟ فِى مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا۟ مِن رِّزْقِهِۦ﴾ [الملك: ١٥] وكذلك من عاهد على إسقاط حدّ الله تعالى أو قود، فإنه قد عقد على معصية، وسمى الحلال حراماً، والحرام حلالاً، والقرآن قد جاء بتكذيب من فعل ذلك، ولنهيه عن ذلك، وكل هذه معاصٍ، وخلاف ما أمر الله تعالى، وتعد لحدود الله، لأن الله تعالى لم يجعلَ قط أمر امرأة بيدها إلا المعلقة ولها زوج فقط. بل جعل أمر النساء إلى الرجال، ولم يجعل طلاقاً قبل نكاح، ولا عتقاً قبل ملك، فصحّ أنها عقود باطلة لا يصح شيء منها[(١)].

وأما الرواية الثانية: وهي قوله: «**أو ما وافقت الحق**»، فإنه أبطل كل شرط لم يوافق الحق، ولا يوافق الحق شيء إلا أن يكون في القرآن أو في حكم النبيّ ﷺ[(٢)].

وأجيب عن هذه الاعتراضات بما يلي:

١ ـ أنَّ هذا الحديث صحيح، وطرقه يشهد بعضها لبعض، فأقلّ أحوالها أن يكون المتن الذي اجتمعت عليه حسناً[(٣)].

قال ابن تيمية: هذه الأسانيد وإن كان الواحد منها ضعيفاً، فاجتماعها من طرق بضعها بعضاً[(٤)].

---

(١) الإحكام في أصول الأحكام: ٥/٦٨.
(٢) الإحكام في أصول الأحكام: ٥/٦٠٨.
(٣) نيل الأوطار للشوكاني: ٥/٢٨٧.
(٤) الفتاوى لابن تيمية: ٣/٣٣٣.

٢ ـ وأجيب عن اعتراضهم بأن الشروط لا تضاف إلى المسلمين إلا إذا ورد الدليل المعين بإباحتها بما سبق أن ذكرناه من العمومات الدالة على وجوب الوفاء بالشروط ما لم يقم الدليل على الخطر والمنع والتحريم.

٣ ـ إنَّ ما ذكروه من بيان فعل الحلال والحرام غير مسلم به، لأن الاستثناء في الحديث إنما يدل على بطلان كل شرط يكون موجبه إبطال ما شرّعه الله تعالى، أو فعل ما حرمه الله على عباده، كاشتراط عدم الإرث فمن يرثه، أو عدم النفقة على من تجب عليه نفقته، وذلك لأن المشترط ليس له أن يبيح ما حرمه الله ولا يحرّم ما أباحه الله، فإن شرطه حينئذ يكون إبطالاً لحكم الله، وهذا لا يجوز، ولا يحل الوفاء به[(١)].

٤ ـ إنَّ استدلالهم بقوله ﷺ: **«أو ما وافقت الحق»** المقصود به تقييد شروط المسلمين بكونها توافق الحق، وهذا يعني عدم مخالفة الشرط أصلاً من أصول الشرع، أو قاعدة من قواعده الكلية، لا أن يكون الشرط وارداً بعينه في الكتاب والسنّة، أو غيرهما من الأدلة، فهذا ما لا يفيده هذا الدليل.

أما في العقود: إنَّ الشروط في العقود من باب الأفعال العادية التي تسمى عند الفقهاء والأصوليين بالعادات، والأصل في العادات عدم التحريم، فإن قوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾ [الأنعام: ٦] عام في الأعيان والأفعال، وإذا لم تكن حراماً لم تكن فاسدة لأن الفساد إنما ينشأ من التحريم، وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة ووجب الوفاء بها، لأنه ليس في الشرع ما يدلّ على تحريم جنس العقود والشروط إلا ما ثبت حله بعينه لذا كان من الواجب أن تبقى على الأصل وهو الإباحة والجواز حتى يقوم الدليل على خلافه هذه أدلة القائلين بأن الأصل في الشروط الجواز والصحة حتى يقوم الدليل على المنع والبطلان والمناقشات التي وردت عليها، وما أجيب به عنها[(٢)].

---

(١) المصدر السابق: ٣/٢٣٣.

(٢) الفتاوى لابن تيمية: ٣/٣٤٦.

الرأي الراجح: بعد عرض أقوال الفريقين، وما استندوا إليه من أدلة، وما ورد عليها من مناقشات واعتراضات، وما أجيب به عنها، تبين لنا رجحان أدلة القائلين بأن الأصل في الشروط الصحة حتى يقوم الدليل على المنع والبطلان وهم الحنابلة وعلى رأسهم ابن تيمية وابن القيم، وذلك لقوة ما استدلوا به من أدلة وسلامتها.

قال ابن تيمية:

وإذا ظهر أنَّ لعدم تحريم الشروط وصحته أصلين: الأدلة الشرعية العامة، والأدلة العقلية التي هي الاستصحاب، وانتفاء المحرم، **فلا يجوز القول بموجب هذه القاعدة في أنواع المسائل وأعيانها إلا بعد الاجتهاد في خصوص ذلك النوع، والمسألة هل ورد من الأدلة الشرعية ما يقتضي التحريم**؟ بمعنى أن تأخذ كل مسألة على حدة وينظر في أدلتها الشرعية، وهذا ما سنفعله في الفصول القادمة.

ثم قال: فإن الأدلة النافية لتحريم الشروط والمثبتة كلها مخصوصة بجميع ما حرمه الله ورسوله من العقود والشروط، فلا ينتفع بهذه القاعدة في أنواع المسائل إلا مع العلم والحجج الخاصة في ذلك النوع[1].

وقال: نعم من غلب على ظنه من الفقهاء انتفاء المعارض في خلافية أو حادثة انتفع بهذه القاعدة، فذكر من أنواعها قواعد حكمية مطلقة.

ويرى الشيخ زكي الدِّين شعبان: **أنَّ هذه الشروط توسعة على الناس الذين باتوا يئنون من شروط الفقهاء وقيودهم في كل معاملة، وكل شرط، لكن في الوقت نفسه، يجب ألا يقدم على إطلاق الإباحة والتحريم في هذه الشروط إلا من كان في منزلة الفتوى والحكم، ولينصرف عنها من لم يتأهل لهذه المنزلة**[2].

وهذا مما يرجح رأي القائلين بالجواز، أنه لا يلجأ الناس إلى فتح

---

(١) المصدر السابق: ٣٤٦/٣.

(٢) نظرية الشروط المقترنة بالعقد: زكي الدين شعبان: ص٩٢.

باب وهو ما يتوصل به إلى إباحة ما حرمه الله تحت ستار الحيلة، وهو فتح باب للشر.

قلتُ: وليست كل الحيل يتوصل بها إلى إباحة ما حرمه الله تعالى، لأن هناك بعض من الحيل يتوصل بها إلى الحلال والتسهيل على الناس، وهذه يقال بإباحتها، ولا يرضى أحد أن يتوصل إلى الحرام بالتحايل[1] فإن عواقبه شائنة جنّبنا الله إياه.

(١) من أراد التوسع فليرجع إلى كتابنا: «الحيل الشرعية في الفقه الإسلامي بين الحظر والإباحة».

الباب الثالث:
حكم الشروط الاتفاقية في عقد الزواج

- الفصل الأول:
- أثر الشروط الاتفاقية في عقد الزواج
- أهمية التوسع بها في وقتنا الحالي
- آراء بعض القوانين العربية المختلفة
- الفصل الثاني: قاعدة التعويض على الضرر
- الفصل الثالث: أنواع من الأنكحة المشروطة الفاسدة

الفصل الأول:
الشروط الاتفاقية في عقد الزواج وأهمية التوسع بها

لقد مرّ معنا في الباب الأول تقسيم الشروط إلى شروط صحيحة وشروط باطلة أو فاسدة، وقد قسمنا أيضاً الشروط الصحيحة إلى قسمين، والشروط الباطلة إلى قسمين، وقلنا: إنَّ رأي الحنابلة أنَّ الشرط الذي لم يرد به نصّ من كتاب أو سنّة أو إجماع هي صحيحة إذا كانت لا تخالف نصوص الشريعة أو قواعدها وتتبع في ذلك إلى حرية المتعاقدين في إنشاء الشروط.

وبهذا يتبيّن أنَّ مذهب الحنابلة هو أوسع المذاهب في تصحيح الشروط، ثم يليه دائرة الحنفية والمالكية، ثم يليه دائرة الشافعية ثم الظاهرية الذين يقولون ببطلان العقد إذا كان الشرط باطلاً، وهذا على طرفي نقبض من الأخرى[1].

وقد استدل الحنابلة بالسنة والآثار والمعقول:

أما السنة: فما روي عن رسول الله ﷺ: **«إنَّ أحق الشروط أن توافوا به ما استحللتم به الفروج»**[2].

وجه الدلالة: أنَّ هذا الحديث دلّ على استحقاق الوفاء بالشروط، وأنَّ

(١) الشروط المقترنة بالعقد: ص١٣٦.
(٢) صحيح البخاري: ٢٦/٧.

شروط النكاح أحق بالوفاء من غيرها، وذلك لأن قوله ﷺ: **«أحق»** اسم تفضيل، وهو دليل على أنَّ الشروط يلزم الوفاء بها.

فالحديث عام وشامل لكل الشروط، وهو يؤكد طلب الوفاء بها، فالمرأة إذا اشترطت شرطاً في النكاح فإنها لم ترض بإباحة فرجها إلا بذلك الشرط، فإذا كان الله قد حرّم أخذ المال إلا بالتراضي، فالفروج أولى أن تحرم إلا بالتراضي، وشأن الفروج أعظم من شأن المال، ولهذا أمر النبيّ ﷺ في النكاح برضى المرأة ووليها، ولم يكتف برضى أحدهما، فنهى الولي أن يزوج المرأة إلا برضاها، ونهى المرأة أن تتزوج إلا بإذن وليها، فدلّ ذلك على أنَّ اعتبار الرضى في النكاح أعظم، وجعل النبيّ ﷺ الشروط فيه أحق بالوفاء، فدلّ على أنَّ شروطه ألزم(١).

وقد اعترض على هذا الاستدلال بأنه لا يصلح للاحتجاج به، لأن المراد بلفظ: **«أحق»** الوارد في الحديث ما هو أحق في نفسه وليس بباطل أي محرم في الشرع، وأنَّ المراد بالشروط الواردة في الحديث هي الشروط التي أمر الله تعالى أن تستحل بها الفروج من الصداق المباح ملكه، الواجب إعطاؤه، والنفقة والكسوة والإسكان والمعاشرة بالمعروف، وترك المضارة أو التسريح بإحسان إلا بما نهى الله تعالى حلال، أو إسقاط واجب، أو إيجاب ساقط، دليل ذلك ما روي عن أبي هريرة أنَّ النبيّ ﷺ: **«نهى أن تسأل المرأة طلاق ضرتها لتستفرغ في صفحتها فإنما لها ما قدر لها»**(٢).

فصحّ أنَّ اشتراط المرأة في نكاحها طلاق غيرها ممن هي في عصمة الناكح لها مفسوخ فاسد لا يحل عقدة أو إمضاؤه، وصح أن كل عقد على ما لا يحل فإنه لا يحل وهو مفسوخ أبداً، ولو ولدت فيه عشرات الأولاد(٣).

وأجيب عن هذا الاعتراض: أنَّ هذه التأويل الذي ذكره ابن حزم

---

(١) نظرية العقد لابن تيمية: ص٥٥.

(٢) صحيح البخاري: ٢٦/٧.

(٣) الإحكام في أصول الأحكام: ٦٠٦/٥.

مخالف لظاهر الحديث، وما تدل على كلمة «**أحق**» فإنها تفيد أنَّ الشروط كلها مستحقة للوفاء وأنَّ بعضها أولى في هذا الاستحقاق، وهي الشروط المتعلقة بالنكاح لأن أمره أحوط، وبابه أضيق(١).

أما حمل الشروط في الحديث على الشروط التي تجب بالنكاح من المهر والنفقة والكسوة وحسن المعاشرة فغير مسلم به، لأن هذه الأمور تجب بنفس العقد سواء شرطت فيه أم لم تشترط.

واستدلوا من الأثر: ما روي عن سيدنا عمر أنَّ رجلاً جاءه فقال: يا أمير المؤمنين تزوجت هذه، وشرطت لها دارها، وإني أجمع لأمري أو شأني أن أنتقل لأرض كذا وكذا، فقال: لها شرطها، فقال الرجل: هلك الرجال إذ لا تشاء امرأة أن تطلق زوجها إلا طلقت، فقال عمر: «المؤمنون على شروطهم عند مقاطع حقوقهم»(٢).

وجه الدلالة: أنَّ عمر رضي الله عنه قضى للمرأة التي اشترط لها زوجها أن لا ينقلها من بلدها بما شرطته، وهو عدم نقلها من بلدها، وهو شرط ليس من مقتضى عقد النكاح بل مخالف لمقتضاه.

وقول عمر يدل على أنَّ الحكم في الشروط مطلقاً هو الصحة ولزوم الوفاء بها، فإذا لم يفِ لها به فلها الفسخ، لأنه شرط لازم في عقد، فيثبت حق الفسخ بترك الوفاء به(٣).

وقد نوقش هذا الاستدلال برواية أخرى تعارضه ثابتة عن سيدنا عمر رضي الله عنه بإثبات جيد أنَّ رجلاً تزوج امرأة وشرط لها ألا يحرمها من دارها فارتفعا إلى عمر، فوضع الشرط (ألغاه) وقال: المرأة مع زوجها.

وروي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قوله: سبق الله شرطها.

وقد قال الشيخ أبو زهرة معارضاً الشروط بمذهب أحمد: إننا لو

---

(١) نيل الأوطار: ١٦١/٥.
(٢) سبق تخريجه: صحيح البخاري: ٢٦/٧.
(٣) المغني: ٩٣/٧.

أخذنا بمذهب الإمام أحمد في الشروط المقترنة بعقد الزواج لكانت آثار عقد الزوج متأثرة بإرادة العاقدين، ويذهب عن الحياة الزوجية ما يحاط بها من قدسية، ويقارب الزواج الإسلامي الزواج المدني الذي يعقد في المدن اللاهية اللاعبة في أوروبا وأمريكا الذي يعقد لرغبة عارضة ويفسخ لمثلها، ولأننا لو جعلنا باب الشروط مفتوحاً والوفاء بها لازماً لاضطربت الحياة الزوجية أيما اضطراب فلو شرط لها ألا ينقلها من بلدها فإذا كانت مثلاً في القاهرة لا ينقلها إلى أسيوط أو أسوان، فإذا اضطره عمله إلى الإقامة في أسوان، فإنه لا يسوغ له أن ينقل زوجته وولده إليها، وتستمر العشرة الزوجية على هذا النظام هي في الشمال وهو في الجنوب لا يتلاقيان إلا بشق الأنفس، فأي زواج هذا وأي بيت يتكون من هذين العشيرين المتنائين؟ أو كيف تكون رعاية الأولاد في هذين الأليفين المتباعدين[(١)]؟

قلت: والحق في هذا الشرط مع أبي زهرة، لأن المرأة يجب عليها متابعة زوجها إلا إذا كان البلد بعيداً تنقطع فيه أخبارها عن أهلها.

إلا أنَّ هذا لا يعني ضرب كل الشروط عرض الحائط، بل يدرس كل شرط على حدّة فإن وافق مقتضى العقد أخذنا به، وإلا رددناه لمخالفته لمقتضى العقد.

أما في المعقول: إنَّ الشروط فيها منفعة مقصودة لمشترطها، ورضاه بالعقد على أساس هذا الشرط، وهي لا تمنع تحقق المقاصد في النكاح التي قام الدليل الشرعي على طلبها، فكان لا بدّ من الوفاء بها، وبناءً على هذا يصحّ العقد، ويصحّ الشرط بتصحيح العقد، ويلزم الوفاء بالشروط في النكاح، وهو القول الراجح في هذا الموضوع، وذلك لقوة ما استدلوا به ووجاهته.

وإذا كان الإمام أحمد يوجب الوفاء بكل شرط لم يقم دليل على نقضه، فإنه يجعل العقد غير لازم عند تخلفه بالنسبة لمن اشترط الشرط

---

(١) الأحوال الشخصية: أبو زهرة: ص١٨٦ ـ ١٨٨.

لنفسه، لهذا يكون له حق الفسخ بترك الوفاء بالشرط، ولم يمكن حمل المخالف على الوفاء.

فإذا اشترطت المرأة في عقد النكاح ألا يتزوج عليها الزوج ثم تزوج، فإن العقد الثاني يصحّ، ولكن يكون للزوجة الأولى حق الفسخ، ودعوى من قال من الفقهاء: إنَّ النكاح لا يقبل الفسخ لا دليل عليه بل الكتاب والسنة والآثار والقياس تدل على نقيضه، وأنَّ النكاح يقبل الفسخ كما هو قول أصحاب رسول الله ﷺ وأكثر السلف، وهو مذهب الجمهور من الفقهاء[(١)].

والخلفاء الراشدون أثبتوا في عقد النكاح والفسخ بالعيوب، والرسول ﷺ مكّن التي زوجت ولم تستأمر أن تفسخ نكاحها، وهذا وإن كان في النكاح الذي لم تأذن فيه المرأة، فإن المعنى كونها لم ترضَ به، وهذا موجود في كل نكاح رضيت به على صفة فتبين خلافه، كما في البيع، ومعلوم أنَّ المتبايعين عاقدان والمال معقود عليه، أما الزوجان في النكاح فهما عاقدان ومعقود عليهما، ونفس الحرة أشرف من مالها، فإذا عقدت على نفسها عقداً مطلقاً كيف يقال بأنها رضيت مع العيب ولا سيّما لو كان عيباً يمنع مقصودهما من النكاح[(٢)].

وقد اعترض الإمام أحمد على جمهور الفقهاء في جعلهم اشتراط الزوجة ألا يخرجها الزوج من بلدها أو دارها، أو لا يتزوج عليها وغير ذلك من الشروط شرطاً باطلاً فقال: إنهم تركوا محض القياس بل قياس الأولى، لأنهم قالوا: لو شرطت الزوجة في المهر تأجيلاً، أو غير نقد البلد، أو زيادة على مهر المثل ألزم الوفاء بالشرط فأين المقصود لها في الشرط الأول إلى المقصود في هذا الشرط، وأين فواته إلى فوات هذا الشرط؟

وقال لهم أيضاً: لقد قسمتم الشرط الذي دخلت عليه على شرط ألا يؤويها ولا ينفق عليها ولا يطأها، أو لا ينفق على أولاده منها ونحو ذلك

---

(١) نظرية العقد: ابن تيمية: ١٥٥ ـ ١٥٧.

(٢) أعلام الموقعين: ٣١٣/١.

مما هو من أفسد القياس الذي فرّقت الشريعة بين ما هو أحق بالوفاء منه، وبين ما لا يجوز الوفاء به، وجمعتم بين ما فرّق القياس والشرع بينهما، وألحقتم أحدهما بالآخر، وقد جعل النبيّ ﷺ الوفاء بشروط النكاح التي يستحل بها الزوج فرج امرأته أولى من الوفاء بسائر الشروط على الإطلاق، فجعلتموها أنتم دون سائر الشروط، وأحقها بعدم الوفاء[1].

الشروط المقترنة بعقد الزواج في قوانين البلاد العربية:

القانون المصري: اقترح القانون المصري الأخذ بمذهب أحمد في الشروط المقترنة مع العقد، في مشروع قانون ١٩٢٦، فقد جاء في المادة التاسعة ما نصّه:

«إذا اشترطت الزوجة في عقد الزواج شرطاً فيه منفعة لها، ولا ينافي مقاصد النكاح كأن لا يتزوج عليها، أو أن يطلّق ضرتها، أو ألا ينقلها إلى بلد آخر صحّ الشرط ولزم وكان لها حق فسخ النكاح إذا لم يفِ لها بالشرط، ولا يسقط حقها في الفسخ إلا إذا أسقطته أو رضيت بمخالفة الشرط».

وقد ذكرت المذكرة التفسيرية أنها أخذت ذلك من مذهب أحمد، وقصرت ما أخذت على المرأة دون الرجل لأنه يملك التخلص من عقدة النكاح متى أراد.

وفي المادة (٢٦): «إذا تمَّ الفسخ قبل الدخول فللزوج أن يسترد ما أداه من مهرٍ إذا لم يكن قد اختلى بالزوجة خلوة صحيحة».

(١) المصدر السابق: ٣١٣/١.

أما المادة (٢٥): فقد قالت: «يعتبر الفسخ بمقتضى المادة السابقة نقضاً للعقد من أساسه، ويعود للمرأة ما عساه أن يكون لها من حقوق سقطت بالزواج».

وتقول المادة (٢٤): «يعتبر كل شرط يتصل بمهنة الرجل أو حالته المالية أو حالة أسرته، ويكون القبول قد تم على أساسه، فإذا تبيّن خلافه كان للمرأة طلب الفسخ قبل الدخول».

ويعلّق الشيخ أبو زهرة فيقول: النقد الموجه لمذهب أحمد بن حنبل هو في استعمال الشروط بعد الدخول، أما إذا كان الفسخ قبل الدخول فالأخذ بهذا المذهب فيه فائدة[١].

والملاحظ: أنَّ القانون أخذ بمبدأ طلب الفسخ من الزوجة إذا شرطت شرطاً فيه منفعة لها، ورضي به الزوج:

أ ـ كأن لا يتزوج عليها، فيحق لها طلب فسخ زواجها، ويبقى العقد الثاني صحيحاً.

ب ـ أن يطلّق ضرتها شرط لا يتفق مع مقاصد الشريعة الصريحة في قول الرسول ﷺ: **«لا تسأل المرأة طلاق ضرتها لتستفرغ صفحتها»**[٢].

جـ ـ أن لا ينقلها من بيتها أو دارها، وعلى هذا الشرط تضيع مقاصد الزواج ويبقى الأليفان متباعدان كما قال الشيخ محمد أبو زهرة[٣].

وعلى هذا فالوضع في مصر أفضل البلاد العربية حيث حصلت عدة محاولات للتعديل والتطوير، وأصبحت القوانين المصرية متقدمة على العديد من قوانين الدول العربية الأخرى، وآخر التعديلات التي حصل في نهاية العام الماضي حيث عُدِّلَ قانون الطلاق الخلعي ليصبح أمر حصول المرأة عليه أكثر يسراً وسهولةً، دون الحاجة لإثبات الأذى والضرر المادي الذي

---

(١) الأحوال الشخصية: محمد أبو زهرة: ١٨٨.
(٢) سبق تخريجه.
(٣) الأحوال الشخصية: محمد أبو زهرة: ١٦٧ ـ ١٦٩.

غالباً ما كان يترافق مع الإهانة والضرر المعنوي البالغ للمرأة فضلاً عن انتظارها سنوات طويلة لتحصل على الطلاق.

وفي المقابل رفض مشروع قانون يعطي المرأة الحق بالسفر دون إذن زوجها علماً أنَّ المشروع يعطي هذا الحق بتوسط القاضي بعد أن تعرض عليه طلب الإذن مرفقاً بالمستندات المسوّغة.

وأنا أرى أنَّ هذا المشروع الذي رفض هو في مصلحة المرأة إذ كثير من النساء لا يستطعن ضبط أنفسهن، أو توازنهن لمعرفة السفر الذي فيه مصلحة أم لا؟ إلا أنَّ الأمر يختلف مع الصالحة المتزنة فهي تحسب حساب سفرها قبل الإقدام عليه، وكثيراً ما ترفض مشاريع سفر لأنه يضرّ بمصلحة الأسرة لذلك أرى أنَّ الأمر يختلف بن النساء وبين الرجال أيضاً، فإذا كان الرجل يمنعها من السفر لمجرد التعنت فلا حاجة للإذن.

ومن غير الممكن أن تأتي المرأة لتأخذ إذناً من القاضي كلما أرادت سفراً وتقدم له المستندات المسوغة، فهذه عملية غير واقعية بنظري وفيها كثير من المشقة للطرفين.

القانون المغربي: قدمت الحكومة المغربية خطة تهدف لتحسين أوضاع النساء المغربيات اللواتي تشمل الأمية نسبة الثلثين منهن، وتتضمن خطة إدماج المرأة في التنمية[١] التي أعلنت في آذار ٢٠٠٠/١/٢٨م عشرات التدابير التي ترمي إلى الحدّ من ظاهرة الأمية في أوساط النساء وتسهيل اندماجهن في الحياة العملية، لكن البنود التي أثارت حفيظة العلماء والإسلاميين في المغرب، ما يتعلق منها بقوانين الأحوال الشخصية[٢]، مثل رفع سن الزواج إلى ١٨ سنة، وعدم إعطاء الزوج الحق بالزواج بأخرى إلا بموافقة صريحة من زوجته، وأن تقع إجراءات الطلاق أمام القاضي، وألا يتمّ إلا بحضور الزوجة، وعدم اعتبار المطلقة محتلة لبيت الزوجية، وتسهيل حصول التطليق دون الحاجة لإثبات الضرر.

---

(١) جريدة الشرق الأوسط: ١٩٩٩/١٢/٨.

(٢) جريدة السفير: ٢٠٠٠/١/١٨م.

وأكثر البنود إثارة لحفيظة المعترضين هي رفع وصاية الزوج على زوجته فيما يتعلق بالسفر، **وإعطاء اسم طبيعي للأطفال غير الشرعيين.**

والحجة التي تطرح دائماً بمخالفة التعديلات القانونية للإسلام، إنما نشأت من شبهة استطاع المشرّعون في إيران تخطيها وهي: **هل من الضروري أن تتطابق القوانين مع الشريعة الإسلامية أم يكفي ألا تتعارض معها؟ وفي حال المناداة بالمطابقة يعني أن يكون هنا جحود على حرفية النصوص الفقهية والفتاوى التي ما هي إلا اجتهادات بشرية وضعت في عصور ماضية استجابة لحاجات الناس آنذاك وإذا لم يوجد تعارض فيمكن التجديد من داخل الفقه لتصبح الأحكام أكثر تلاؤماً مع العصر** وكذلك يمكن الاستعانة بقوانين وضعية في مناطق الفراغ الفقهية طالما أنها لا تشكل مخالفة لأسس الشريعة ومقاصدها[١].

والحجة الثانية: تعود إلى أنَّ مشاريع التطوير غالباً ما تطرح من قبل الأنظمة الحاكمة، ويدفع ثمن هذه الصراعات الإنسان العربي والمرأة خاصة حين تُحرم من كل فرص العدالة القانونية الاجتماعية، وتصبح الأحوال الشخصية التي تمس حياة كل فرد على الصعيد الشخصي والعائلي أساس لهذه الصراعات.

هذا ما قالته الأستاذة زينب جمعة في تعليقها على الاقتراحات التي طرحتها الحكومة المغربية لإصلاح قانون الأحوال الشخصية فيما يختص بحقوق المرأة.

ونلاحظ ما يلي:

١ ـ في الرد على قول الأستاذة: أنَّ القوانين الوضعية يمكن أن يؤخذ منها لسد الثغرات في الفقه، قول غير سديد لأن الفقه الإسلامي بكل مذاهبه واجتهاداته وفتاويه يسد كل الثغرات، ففي قضية الشروط الاتفاقية في عقد الزواج، كان الفقه الحنبلي يتفق مع النظرة الحديثة لسلطان الإرادة العقدية

---

(١) زينب جمعة: قابلية تطوير قانون الأحوال الشخصية: ص٥.

في إنشاء التصرفات التي لا تخالف مقاصد الشريعة والحكمة من الزواج وهذا الأمر يجيب على التساؤل الذي طرحته الأستاذة هل من الضروري أن تتطابق القوانين مع الشريعة، أم يكفي ألا تتعارض معها.

وأقول: هناك فرق بين قوانين العقيدة والمسلمات في الشريعة الإسلامية كتحريم الخمر، وحرمة الجمع بين الأختين، والجيران، وغير ذلك لا يمكن إلا أن تتطابق القوانين مع الشريعة، أما القضايا الخلافية التي يغلب فيها سلطان الإرادة العقدية فهذه ينظر فيها إلى كل حكم على حدة ولا يمكننا القول بالإطلاق لأن بعض هذه الإرادات الإنشائية قد تخالف نصاً، أو سنّة وبذلك تكون باطلة. أو مقصداً من مقاصد الشريعة أو مقتضى تشريع عقد الزواج.

٢ ـ أما فيما يختص بالقانون المغربي ففيه من الثغرات ما يحق أن يثير حفيظة الإسلاميين، حيث أنَّ طلب الطلاق من المرأة يتم دون إثبات الضرر فهذا ما لم يقل به أحد، وهو فتح لباب الفساد والهوى وهدم للأسر، بمجرد خاطر أو عارض قد تندم عليه لاحقاً، وتكون قد دمرت أسرة أو حطمت زواجاً لمصلحة قد تتراءى لها وهي غير مدركة للأمور بينما هي مفسدة.

ولنعترف بأن الجهل بالحقوق الإسلامية ليس سببه الإسلام وإنما الجهل المتربع على عقول الناس والعلماء والمشرعين.

فلا يزال في مجتمعنا العربي عدداً من الأحكام المتعلقة بالمرأة لا يطبّق رغم نصّ القانون عليه، كإعطائها نصيباً من الإرث، أو حقها في اختيار زوجها، أو حقها في المهر، أو حقها في الملكية والتصرف بمالها، فما زالت حتى الآن لا تطبق في العديد من المناطق والمجتمعات العربية.

القانون السوري: لقد وافق القانون السوري بقية القوانين في أنَّ الزوجة إذا اشترطت على زوجها ألا ينقلها من دارها، فالشرط لها، ولا يلزم العقد إذا خالفه، ولها الحق في الفسخ، ولا تعتبر ناشزاً.

فقالت المادة (٧): «تجبر الزوجة على السفر مع زوجها إلا إذا اشترط

في العقد غير ذلك، أو وجد القاضي مانعاً من السفر».

ويلاحظ في القانون السوري:

١ ـ أنَّ الأصل متابعة الزوجة زوجها بالسفر أينما ذهب فإن امتنعت كانت ناشزة.

٢ ـ للزوجة أن تشترط على زوجها أثناء عقد الزواج عدم السفر بها كما لو كان من بلدة أخرى، فاشترطت عليه البقاء في بلد أهلها، ورضي بهذا الشرط فهو ملزم، وتمنع عن السفر ولا تعتبر ناشزة، وهذا ما يتفق مع مذهب الحنابلة(١).

٣ ـ أما إذا لم يكن هناك شرط بعدم السفر، وتقدمت بأعذار لعدم السفر، وكانت هذه الأعذار تشكل مانعاً من السفر يقدر القاضي الشرعي فلا تلزم بالسفر حينئذٍ.

وحسناً فعل القانون السوري. لكن الأستاذ الصابوني يرى في هذا البند خلافاً للحنابلة فهو يقول: إنَّ كثيراً من أبنائنا في هذا الوطن من تجار وموظفين وعمال معرضين للانتقال من بلد إلى آخر، فإذا أعطينا الحق للزوجة بعدم المتابعة لزوجها ترتب على هذا إضرار بالزوج لا بالزوجة حيث يكون نقله من بلد إلى آخر مصيبة فوق مصيبته، وخاصة إذا كان لديه العدد الوفير من الأولاد(٢).

وعلى هذا فشرط الفسخ إذا انتقل بها من بلدها إذا كانت قد اشترطت ذلك في العقد، غير مقبول شرعاً لمعارضته لمقاصد الزواج، ولا يؤخذ به وإن قال به الحنابلة.

القانون الإيراني: يقول البحث عن القانون الإيراني: لم يقف اعتماد الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للتشريع عائقاً أمام استفادة المشرعين الإيرانيين من قوانين الدول الأخرى سواء في العالم العربي، أم الغربي،

(١) الأحوال الشخصية: عبدالرحمٰن الصابوني: ٣٦٨.
(٢) شرح قانون الأحوال الشخصية: عبدالرحمٰن الصابوني: ص٣٦٧.

فبعد أن جمعوا أكثر من ألف كتاب في الفقه على مختلف المذاهب الإسلامية، اطلعوا على قوانين العديد من الدول العربية والأوروبية وبعد أن حددوا الثغرات الموجودة في القانون الإيراني فيما يتعلق بشؤون المرأة والأسرة عينوا المواد التي تحتاج إلى تعديل وذلك بالتشاور مع النائبات في مجلس الشورى الإيراني المسلمات المثقفات وتوصلوا إلى تعديلات هامة هي التالي(١):

أ ـ إنشاء محاكم استشارية خاصة بشؤون الأسرة لتسهيل البت في دعاوي الطلاق، يعاون القاضي فيها مستشارة حقوقية متخصصة وهذا التدبير ساعد على حلّ المشاكل الزوجية وساهم في التمهيد لدخول المرأة سلك القضاء.

ب ـ للمحكمة الحق بالاستعانة باختصاصيين واختصاصيات في مجال علم النفس وعلم الاجتماع.

جـ ـ إلزام الزوج في حال أقدم على طلاق زوجته، بأن يدفع لها تعويضاً عن السنوات التي أنفقتها في تدبير المنزل وتربية الأطفال.

د ـ إدخال قوانين الزواج وحقوق الزوجين في المناهج التعليمية.

هـ ـ اعتماد دفتر شروط ضمن عقد الزواج يتضمن بندين أساسيين هما:

١ ـ تشترط الزوجة إذا لم يكن طلب الطلاق منها، ولم يكن الطلاق ناتجاً عن تقصيرها، أو سوء أخلاقها يتعين على الزوج نقل نصف ما يملكه من ممتلكات حصل عليها في مدة زواجه بها أو يعادل ذلك لزوجته.

٢ ـ منح الزوجة وكالة بلا عزل بالرجوع إلى المحكمة وأخذ إجازة الطلاق منها، بعد اختيار نوعية الطلاق، وذلك في موارد حددها العقد باثني عشر بنداً. أهمها:

---

(١) حقوق المرأة في الجمهورية الإسلامية: إعداد المستشارية الثقافية في لبنان.

- عدم إيفاء الزوج سائر حقوق المرأة الواجبة عليه لمدة سنة أشهر أو الامتناع عن إعطاء النفقة للمرأة لمدة ستة أشهر، وعدم إمكانية إلزامه الشديد.

- سوء سلوك الزوج أو سوء معاشرته مع عدم تحمل الزوجة الاستمرار بالعيش معه.

- ابتلاء الزوج بأي نوع من أنواع الإدمان.

- ترك الزوج الحياة الزوجية والعائلية بدون أي عذر مقبول، أو غيابه ستة أشهر متتالية بدون عذر مقبول بنظر المحكمة.

- في حالة عدم إنجاب الأولاد بسبب مرض الزوج أو عقمه أو لأسباب جنسية أخرى.

- اختيار الزوج زوجة أخرى بدون موافقة الزوجة، أو عدم عدالته تجاه زوجاته حسب تشخيص المحكمة.

وأنا أرى أنه ما من امرأة توافق على زواج زوجها مرة أخرى إلا في القليل النادر، لذلك فاشتراط موافقة الزوجة الأولى أمر مستحيل والأفضل أن يقول المشرّع: إعلام الزوجة الأولى بالزواج الثاني يتضح من التعديلات المقترحة أنها قيدت حرية الرجل في الطلاق وعملت على إنصاف المرأة بوسائط قانونية بسيطة لا تحتاج للكثير من التفسير على الصعيد التشريعي، مثل اعتماد مبدأ الشروط ضمن العقد، وتعيين محاكم خاصة بشؤون الأسرة علماً بأن الدستور الإيراني يتضمن العديد من القوانين المنصفة للمرأة على صعيد العمل، حيث يقرّ المساواة الكاملة في الأجر والمساواة في دفع مساعدة لتأسيس بيت الزوجية من قبل الضمان الاجتماعي، وبشكل عام يوجد تكافؤ في الفرص بين الرجل والمرأة على مختلف الصعد.

وإذا أردنا أن نعقد مقارنة بين ما حصلت عليه المرأة في إيران وبين

وضع المرأة العربية نجد أنَّ هناك بعداً كبيراً يختلف من دولة عربية لأخرى.

والمرأة الإيرانية حاضرة بقوة في المجتمع الإيراني، فعلى الصعيد الأسري تمتلك بيت الزوجية، وعلى الصعيد الاجتماعي هي ناخب أساسي ساهمت في فوز الرئيس وساهمت في فوز الإصلاحيين في الانتخابات النيابية الأخيرة، علماً أنَّ المرأة الإيرانية حرّة في قرارها ولا تلتزم بالضرورة رأي زوجها السياسي.

هذا الأمر يؤكد على أهمية الممارسة الديمقراطية الإسلامية على المجتمع بأسره ومن ضمنه المرأة.

فالرجل الإيراني لا يتعامل بفوقية مع المرأة، وهو لا يتوانى عن مقاسمتها العمل المنزلي والعناية بالأطفال حتى لو كان مسؤولاً في الدولة أو عالماً فقيهاً من العلماء الكبار. كما أنَّ المرأة الإيرانية لا تعتبر الاهتمام بالبيت والأسرة عائقاً كبيراً أمام مشاركتها الاجتماعية، وهذا ناشىء حتماً من تفهم الرجل وتعاونه. وهذا الأمر ينعكس على المشرع الذي لا ينطلق من عقلية ذكورية كما يحدث عندنا[١].

وذلك كله نابع من فتح باب الاجتهاد مما أوجد حيوية فكرية وفقهية ضرورية للدخول في العصر.

وأخلص من عرض آراء القوانين في مختلف البلاد العربية إلى نقطة هامة أريد أن أثيرها هي برأيي أهم من كل الشروط التي تشترطها المرأة في عقد زواجها.

هذه النقطة هي التعويض للمرأة بعد طلاقها، لأن كثيراً من الحالات التي يتم الطلاق فيها تترك المرأة بدون عائل ينفق عليها، وكثيراً ما تكون قد

---

(١) مقالات فهمي هويدي في جريدة السفير: شباط /٢٠٠٠م عن أجواء الانتخابات الإيرانية.

تجاوزت السنّ التي تطلب فيه للزواج، وقد أصبح في مجتمعنا الحالي نتيجة للبعد عن الله تعالى والعزوف عن الأعباء المفروضة على الرجل أباً كان أو أخاً أو زوجاً من أعانة المرأة. فتصبح حياتها جحيماً إذا اضطرت للمكوث عند زوجة الأخ أو زوجة الأب أو زوجة الابن.

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى إذا أخذت المرأة مؤخر صداقها هذا إذا تمّ الطلاق من طرف الزوج، ولم يضطرها إلى طلب المخالعة والتنازل عن حقوقها، فإن مقدار المؤخر قبل عشرين عاماً لا يتناسب مع القيمة النقدية لقيمة المؤخر اليوم، فهو قد لا يساوي مرتب شهر واحد في أغلب الأحيان لذا كان الأخذ بالشروط الاتفاقية مهماً في هذه الناحية.

وقد قرر فقه الإمام أحمد أنه لا بد للأخذ بالشروط الاتفاقية سواء كانت في عقد الزواج، أو غيره أن تكون مستندة إلى دليل من قياس، أو استحسان، أو أحد من هذه القواعد الكلية التي تطبق عليها الأحكام.

وعلى هذا فإن التعويض للمرأة بقدر ما قضت من سنين زواج وتحمّل أعباء الأسرة إذا طلقها أو طلبت الطلاق لسوء أخلاقه أو لفسقه أو لعيب فيه ينطلق من قاعدة (**التعويض عن الضرر**) وهي قاعدة معروفة في الفقه الإسلامية.

الفصل الثاني: قاعدة التعويض عن الضرر:

التعويض عن الضرر هي قاعدة تندرج تحت ثبوت العوض بالإتلافات، حيث يجب على المتلف عوض ما أتلفه، وهو ما يعبر عنه الفقهاء بالضمان، وقد صرح الفقهاء بكون الإتلاف سبباً لوجوب الضمان. قال القرافي: أسباب الضمان ثلاثة:

أحدها: التفويت مباشرة كإحراق الثوب وقتل الحيوان، وأكل الطعام[1].

---

(١) الفروق للقرافي: ٤/٢٧.

وثانيها: التسبب للإتلاف كحفر بئر في موضع لم يؤذن فيه، ووضع السموم في ووقود النار بقرب الزرع ونحو ذلك مما شأنه في العادة أن يقضي غالباً للإتلاف.

وقال السيوطي: أسباب الضمان أربعة، **والثالث منها**: إتلاف نفسٍ أو مال[1].

وقال ابن رجب: أسباب الضمان ثلاثة عقد، ويد، وإتلاف، والمراد بالإتلاف: أن يباشر الإتلاف بنفسه بسبب يقتضيه كالقتل والإحراق، أو ينصب سبباً عدواناً فيحصل به الإتلاف بأن يحفر بئراً في غير ملكه أو يؤجج ناراً في يوم ريح عاصف، فيتعدى إلى إتلاف مال الغير، أو كان محتبساً بشيء وعادته الانطلاق فيزيل احتباسه، وسواء كان له اختيار في انطلاقه أم لا[2].

قلت: وإذا اعتبر الفقهاء إتلاف المال، وإتلاف الزرع، وقتل الحيوان. وحتى أكل الطعام موجباً للضمان، فإتلاف عمر المرأة وصحتها، وقدرتها ونشاطها، أليس هذا موجباً للضمان؟ وقد صرّح الفقهاء أيضاً أنَّ إتلاف البضع موجوب للضمان وهو مبدأ آخر يؤيد رأينا في وجوب التعويض على المرأة التي طلقت بلا سبب أو طلبت الطلاق بسبب سوء العشرة.

تفويت البضع:

صرح الفقهاء بأنه إذا فوت إنسان على امرأة منفعة بضعها بنكاح فاسد أو وطء بشبهة فإنه يجب عليه مهر مثلها بالغاً ما بلغ عوضاً لما فاته، ففي حاشية ابن عابدين: ويجب مهر المثل في نكاح فاسد[3].

---

(١) الأشباه والنظائر: السيوطي: ص٣٦٢.

(٢) القواعد: ابن رجب: ص٢٠٤، الموسوعة الفقهية: ٦٣/٣١.

(٣) حاشية ابن عابدين: ٣٥/٢.

وقال الدردير: وضمن الغاصب منفعة البضع بالتفويت، فعليه في وطء الحرة صداق مثلها ولو ثيباً، وفي وطء الأمة ما نقصها[١].

ويقول الشربيني الخطيب: ولا تضمن منفعة البضع إلا بتفويت الوطء فيضمنه بمهر المثل.

ومثل ذلك عند الحنابلة: يجب مهر المثل للموطوءة بشبهة كمن وطىء امرأة ليست زوجة له ولا مملوكة يظنها زوجته أو مملوكته[٢].

ونرى في مقدمات ابن رشد أنَّ مالكاً رضي الله عنه كان ينهى الناس عن الاشتراط في العقود، إذ جاء فيه نص يقول: «أشرت على قاضي أن ينهى الناس أن يتزوجوا على الشروط، وأن يتزوجوا على دين الرجل وأمانته، وقد كتبت بذلك كتاباً وصيح في الأسواق»[٣]، قلت: هذه الفتوى تتناسب مع زمن الإمام مالك ودينه وأمانته، فإن الشروط مع الدين والأمانة لا قيمة لها، أما الشروط مع الغش والكذب والبهتان والتدليس فلها قيمة في نظري في الفقه الإسلامي وفي التشريع للناس، لأن الناس هم خلاصة عصرهم وفكره ومبادئه، ولا يمكن أن نطبق قول الإمام مالك في هذا العصر، لأن ذلك يُعد تهاوناً بحق الزوجة، ونية حسنة غير محمودة تؤدي إلى تضييع الحقوق.

أما القول بأن مريد الزواج عليه أن يحسن الاختيار فيستغني عن الاشتراط فهذا شأن الناس جميعاً، وقليل هم أصحاب الدين والأمانة، ثم إنَّ التدليس القائم في الزواج في هذه الأيام يدفع هذا القول إلا من رحم ربك. وهو عموم البلوى التي أصابت الناس جميعاً.

---

(١) حاشية الدسوقي: ٣/٤٥٤.
(٢) كشاف القناع: ٥/١٦١.
(٣) مقدمات ابن رشد: ص٥٩، ٦٠.

وعلى العموم فإن حقها في هذه الشروط تسقط بإسقاطها، أو رضيت هي بمخالفة الشرط[1].

وفي تفويت البضع بالوطء، والطلاق لغير وجه حق أولى لأن يدفع ضمان ما فوته بالنكاح الفاسد فيجب عليه التعويض. وحسناً فعل المشرع الإيراني حيث جعل التعويض يتناسب مع عدد السنين التي قضتها مع الرجل وحسب تفويت عمرها وقدرتها على الكسب أو وجود من يعيلها.

وكما أقر الفقهاء بالتعويض للضرر والتعدي في الحقوق أو في إنقاذ حياة إنسان هو سبب أيضاً لثبوت العوض، فالرجل أمين في حياة زوجته ونفسها وحسن عشرتها فإذا فرّط في هذا الحق وتعدى وجب الضمان.

لكل هذه الأسباب يوجب الضمان والتعويض على من طلق زوجته ضراراً دون وجه حق، وكان هو السبب في الطلاق لا هي.

وقد ثبت عن الأئمة لصحة الشرط كما أوردنا سابقاً أن يكون موافقاً لمقتضى العقد ولو بالقياس، أو يكون مؤكداً، أو ثبت دليل شرعي على صحة الشرط وما عدا ذلك يكون باطلاً، فصحة الشرط عندهم هي التي تحتاج إلى دليل يثبت الإلزام، أما الإمام أحمد فكل شرط صحيح لازم إلا إذا ثبت دليل أو نص ببطلانه. وهو واجب الوفاء به كاشتراط ألا يتوارثا مع اتحاد الدين، أو يتوارثا مع اختلافه، فكل شرط لم يكن كذلك فهو صحيح.

وعلى قاعدة الإمام أحمد في رفع الضرر الحاصل على المرأة أرى أن شرط المرأة على الرجل مقاسمته في نصف ماله إن كان السب في الطلاق منه لا منها وثبت الدليل على الضرر المادي والنفسي أمام القاضي فإن هذا الشرط لازم الوفاء به.

---

(١) المذكرة التفسيرية لقانون الأحوال الشخصية المصري: محمد أبو زهرة: ١٦٨.

إلا إذا عادت المرأة وأسقطت هذا الشرط فإنه يسقط بإسقاطها.

هذه الأمور هي من دواعي هذا العصر الذي لفظ سوء الأخلاق وسوء الضمير، وسوء العشرة، والقدرة على التحايل والكذب والنفاق والسرقة فكان لزاماً علينا أن نبحث في الفقه الإسلامي عن مذهب يتناسب مع تشريع العصر.

الفصل الثالث:

أنواع من الأنكحة المشروطة الفاسدة:

- المبحث الأول: نكاح المتعة
- المبحث الثاني: نكاح الشغار
- المبحث الثالث: نكاح التوقيت
- المبحث الرابع: نكاح التحليل

المبحث الأول: نكاح المتعة

نكاح المتعة: هو أن يتزوج امرأة إلى مدة، فإذا انقضت المدة لم يبق بينهما نكاح.

ولفظه: أن يقول لها: امتعيني نفسك، فتقول: أمتعتك نفسي.

ولا فرق أن تكون المدة معلومة، كأن يقول: تزوجتك إلى عشرة أيام، أو إلى سنة، أو أن تكون المدة مجهولة، كأن يقول: تزوجتك إلى انقضاء الموسم.

ولقد حكم الفقهاء ببطلان هذا العقد، لأن عقد النكاح يفيد التأبيد وعقد المتعة والتوقيت ينافيان التأبيد.

ويجب أن تكون صيغة النكاح دالة على الدوام، فإذا اقترن بالعقد ما يدل على التأقيت صراحة كان عقداً مؤقتاً وباطلاً باتفاق الفقهاء ما عدا الجعفرية الذين قالوا باستدامة حلّه. كما سنرى.

وألفاظ نكاح المتعة نوعان:

الأول: أن يكون بلفظ النكاح والتزويج وما يقوم مقامهما.

كأن يقول الرجل للمرأة: تزوجتك عشر أيام.

الثاني: أن يكون بلفظ التمتع.

كأن يقول لامرأة خالية من الموانع: أعطيك كذا على أن أتمتع منك شهراً أو سنة أو غيرها.

حكم هذا النكاح: باطل باتفاق علماء المسلمين لنهي الرسول ﷺ ومنهم الإمام مالك في المدينة، وأبو حنيفة في أهل الكوفة، والأوزاعي في الشام، والليث في أهل مصر، وأحمد والشافعي وسائر أصحاب الآثار، وكذلك أبطله كل من عمر رضي الله عنه وابن عمر، وابن مسعود وابن الزبير[1].

وقد روي عن ابن عباس أنها جائزة، كما حكي ذلك عن عطاء وطاوس وأبي سعيد الخدري وجابر[2].

أدلة القائلين بالمتعة:

١ ـ يستدلون بقوله تعالى: ﴿فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم بِهِۦ مِنْهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [النساء: ٢٤]، وحجتهم أنَّ الله تعالى ذكر الاستمتاع ولم يذكر النكاح، والاستمتاع والتمتع واحد.

٢ ـ ثم أنَّ الله تعالى أمر بإيتاء الأجر، وحقيقة الإجارة والمتعة عقد على منفعة البضع.

٣ ـ أنه تعالى أمر بإيتاء الأجر بعد الاستمتاع، وذلك يكون في عقد الإجارة والمتعة أما المهر فإنما يجب في النكاح بنفس العقد، ويؤخذ الزوج بالمهر أولاً، ثم يمكن من الاستمتاع[3]، فدلّت الآية على جواز عقد المتعة.

وقد نوقش الاستدلال بالآية من جمهور الفقهاء بما يلي:

١ ـ أنَّ الآية واردة في النكاح المعروف لا في نكاح المتعة، لأن سياق الآية كلها في النكاح.

٢ ـ أنَّ الله سبحانه ذكر أجناساً من المحرمات في أول الآية في

---

(١) المغني: ابن قدامة: ١٧٨/٧.
(٢) البحر الزخار لابن المرتضى: ٢٢/٤.
(٣) بدائع الصنائع: ٢٧٢/٢.

النكاح، وأباح ما وراءها بالنكاح بقوله عزَّ وجل: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم﴾ [النساء: ٢٤] أي: بالنكاح ﴿مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ﴾ أي: غير زانيين وإنما متناكحين عن طريق الزواج. وقد سبق قوله تعالى في الآية السابقة: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ كِتَٰبَ ٱللَّهِ عَلَيْكُمْ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم بِهِۦ مِنْهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَٰضَيْتُم بِهِۦ مِنۢ بَعْدِ ٱلْفَرِيضَةِ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴿٢٤﴾﴾ ذكر في هذه الآية النكاح لا الإجارة والمتعة والاستمتاع إنما يكون بالنكاح.

وأما قولهم: أنَّ الله تعالى سمى الواجب مهراً، فالمهر في النكاح يسمى أجراً، قال تعالى: ﴿فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَءَاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [النساء: ٢٥] أي: مهورهن.

وقال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِنَّآ أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَٰجَكَ ٱلَّٰتِىٓ ءَاتَيْتَ أُجُورَهُنَّ﴾ [الأحزاب: ٥٠].

وأما الأمر بإيتاء الأجر بعد الاستمتاع بهن، والمهر يجب بنفس النكاح، ويؤخذ قبل الاستمتاع. ففي الآية تقديم وتأخير، وكأنه تعالى يقول: وآتوهن أجورهن إذا استمتعتم بهن أي: إذا أردتم الاستمتاع بهن، كقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] أي: إذا أردتم تطليق النساء.

وبهذا يبطل استدلال المبيحن بهذه الآية.

أدلة القائلين ببطلان المتعة:

في الكتاب:

قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَٰفِظُونَ ﴿٥﴾ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ﴾ [المؤمنون: ٥، ٦] وقد حرّم الله تعالى في هذه الآية الجماع إلا بأحد شيئين: عقد النكاح وملك اليمين والمتعة ليست بنكاح، ولا بملك يمين فيبقى التحريم، والدليل على أنها ليست بنكاح أنها ترتفع من غير

طلاق ولا فرقة ولا يجري التوارث بينهما، فدلّ أنها ليست بنكاح فلم تكن هي زوجة له.

وقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱبْتَغَىٰ وَرَآءَ ذَٰلِكَ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْعَادُونَ ۝٧﴾ [المؤمنون: ٧] أي: من ابتغى غير هذين الأمرين من نكاح وملك يمين أمراً فيه اعتداء على حرمات الله تعالى.

قوله تعالى: ﴿وَلَا تُكْرِهُوا۟ فَتَيَٰتِكُمْ عَلَى ٱلْبِغَآءِ﴾ [النور: ٣٣] وكان من العرب إجارة البغاء، وذلك مسمى المتعة ومبتغاه فدل على الحرمة.

وفي السنة الشريفة: استدلوا بقول الرسول ﷺ: «**أنّ رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء يوم خيبر، وعن أكل لحوم الحمر الأنسية**»[1].

وقوله ﷺ: «**يا أيها الناس إني كنت أذنت لكم في الاستمتاع من النساء، وأنّ الله قد حرّم ذلك إلى يوم القيامة، فمن كان عنده منهن شيء فليخل سبيله، ولا تأخذوا مما أتيتموهن شيئاً**»[2]، وفيه حرّم رسول الله ﷺ المتعة إلى يوم القيامة.

وأما الإجماع: فإنّ الأئمة بأسرهم امتنعوا عن العمل بالمتعة مع ظهور الحاجة لهم إلى ذلك.

وأما المعقول: فهو أنّ النكاح ما شرع لاقتضاء الشهوة، بل لأغراض ومقاصد يتوصل به إليها، واقتضاء الشهوة بالمتعة لا يقع وسيلة إلى المقاصد فلا يشرّع[3].

الرأي الراجح: تبيّن لنا بعد عرض أدلة الفريقين أنّ ما ذهب إليه القائلون بالتحريم هو المذهب الأولى بالقبول والأجدر بالاتباع لأنه يتفق مع روح الشريعة الإسلامية ومبادئها العامة وصيانتها للمرأة عن الامتهان، فالمتمتع بها ليست زوجة باتفاق الفقهاء، حتى الشيعة أنفسهم فإنهم مع

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووي: ١٨٩/٩.
(٢) صحيح مسلم بشرح النووي: ١٨٩/٩.
(٣) بدائع الصنائع: الكاساني: ٢٧٣/٢.

قولهم بإباحة المتعة لا يعطون المرأة حقوق الزوجة في النفقة والميراث، ولا يثبت له مهر غير المشروط، ولا يثبت به نسب إلا أن يُشترط، قال الإمام الشافعي: «كل نكاح إلى وقت معلوم أو مجهول فالنكاح مفسوخ لا ميراث بين الزوجين، وليس بين الزوجين شيء من أحكام الأزواج لا طلاق، ولا ظهار، ولا إيلاء، ولا لعان إلا بولد»(١).

وهذا عين ما قاله الكاساني في البدائع، وابن قدامة في المغني، والخرشي في المالكية(٢).

يقول الشيخ محمود شلتوت: «إنَّ الشريعة التي تبيح للمرأة أن تتزوج في السنة الواحدة أحد عشر رجلاً، وتبيح للرجل أن يتزوج كل يوم ما تمكّن من النساء دون تحميله شيئاً من تبعات الزواج، إنَّ شريعة تبيح هذا لا يمكن أن تكون شريعة الله رب العالمين، ولا شريعة الإحصان والإعفاف»(٣).

ويقول أحمد أمين في ذم المتعة: «إذا حكّمنا العقل في هذا النوع من النكاح، لم نجده يفترق كثيراً عن الزنا، فإن عد المتعة من باب استئجار البضع شناعة يمجها الذوق السليم، وفيه تسهيل لعيشة الإباحة التي لا تتقيد بقيود ولا بتحمل عبء الزواج، يضاف إلى ذلك ما يستتبعه نظام إباحة المتعة من فساد المرأة، واستهتارها وكثرة الضحايا منهن، فاستئجار المرأة أياماً وتركها يعرضها لأشد أنواع الخطر، وهذا ما حدث فعلاً، وجنح بالشكوى منه عقلاء فارس»(٤).

---

(١) الأم للشافعي: ٥/٧٩.
(٢) الكاساني: ٢/٢٧٢، المغني: ٧/١٧٩، الخرشي: ١٩٦٣.
(٣) فتاوي محمد شلتوت: ص٢٤٨، ٢٤٩.
(٤) ضحى الإسلام: أحمد أمين: ص٢٥٨.

المبحث الثاني: النكاح المؤقت

تعريفه: هو الذي ينشأ بلفظ النكاح أو الزواج، أو غيرهما من صيغ لإنشاء عقد الزواج، ولكن يقترن بالصيغة ما يدل على تأقيت الزواج بوقت محدود، طال الوقت أم قصر.

مثال ذلك: أن يتزوج الرجل امرأة مدة عشرة أيام أو أكثر أو أقل، أي مدة محدودة معينة.

حكمه: هذا النكاح باطل وغير صحيح، وذلك لاقتران الصيغة بما يدل على التوقيت، فتقيدها جعلها غير صالحة لإنشاء الزواج، وصار من جنس نكاح المتعة أو على الأقل معناه، إذ أن الغرض من النكاح المؤقت هو عين الفرض من المتعة، وذلك لانتفاء شرط من شروط صحة العقد وهو التأبيد.

هذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء.

وقال زفر من أصحاب أبي حنيفة: إنَّ النكاح المؤقت ينعقد مؤبداً ويلغو شرط التوقي، وذلك لأن الصيغة في ذاتها صالحة لإنشاء العقد، ولكن اقترن بها شرط فاسد، وهو ما يدل على التأقيت، فيكون الزواج صحيحاً مؤبداً ويبطل الشرط لأن النكاح لا تفسده الشروط الفاسدة.

كأن يقول الرجل: تزوجتك على أن أطلقك بعد شهر. فالنكاح صحيح والشرط باطل[١].

---

(١) شرح فتح القدير: لابن الهمام: ٢/٣٨٦.

فالإمام زفر: يفرق بين النكاح المؤقت والمتعة من حيث أنَّ المتعة يكون العقد فيها بلفظ أتمتع، أما النكاح المؤقت فيكون بلفظ الزواج ونحوه، ولهذا يصحح الثاني ويبطل الأول.

أما جمهور الفقهاء، فلا يفرقون في الحكم بين النكاح المؤقت والمتعة، من حيث أنَّ المؤدى واحد في كليهما، والعبرة في إنشاء العقود للمعاني لا للألفاظ.

والراجح: هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من بطلان النكاح المؤقت، وجعله من جنس نكاح المتعة، إذ لا عبرة في التفريق بينهما، لأن كلاً منهما يفيد معنى التوقيت بمدة محدودة، لذا كان العقد باطلا[1].

لانتفاء شرط من شروط الصحة وهو التأبيد، ليتحقق من الزواج أهدافه وغاياته الإنسانية والاجتماعية التي شرع الزواج لأجلها، والأدلة التي تفيد بطلان النكاح المؤقت هي نفس الأدلة التي استدل بها القائلون بتحريم نكاح المتعة، لأن كلاً منهما يتضمن معنى التوقيت بمدة محددة، فكان من الطبيعي أن يأخذ النكاح المؤقت حكم نكاح المتعة في التحريم والبطلان، كما هو مذهب جمهور الفقهاء لما تقدم من العلل والأسباب المذكورة في نكاح المتعة.

---

(١) بدائع الصنائع: الكاساني: ٢٧٣/٣.

المبحث الثالث: نكاح الشغار

تعريفه: لغة الشغر: الرفع، شغر الكلب: رفع إحدى رجليه ليبول، وبلدة شاغرة: لم تمتنع من غارة أحد، وشغرت الأرض: أي: خلت من الناس، ولم يبق أحد يضبطها ويحميها[1].

وشرعاً: أن يُنكح الرجل وليته (ابنته أو أخته) على أن يزوجه الآخر، وليته ليكون بضع كل واحدة منهما صداقاً للأخرى.

حكمه: إنَّ هذا النكاح باطل يجب فسخه عند جمهور الفقهاء خلافاً لأبي حنيفة الذي قال بصحته، لأن زواج كليتهما قد خلا من ذكر المهر، واشترط نفيه، فيصح زواجهما ويجب لكل واحدة منهما مهر مثلها[2].

أدلّة الجمهور:

استدل الجمهور بالمنقول والمعقول.

أما المنقول فاستدلوا بما يلي:

- ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما: «أنَّ رسول الله ﷺ نهى عن الشغار»[3].

- وفي رواية لابن عمر رضي الله عنهما: أنَّ رسول الله ﷺ قال: «**لا شغار في الإسلام**»[4].

---

(1) لسان العرب: ٦/٨٥.

(2) نظرية العقد: ابن تيمية: ص١٩٤، شرح فتح القدير: ٢/٤٥٠.

(3) (4) نيل الأوطار: ٤/٢٢٠ (٢٧٠٣) برواية مسلم.

- وعن جابر رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن الشغار»[1].

- وعن أبي بن كعب قال: قال رسول الله ﷺ: **«لا شغار»**، قالوا: يا رسول الله ﷺ: ما الشغار؟ قال: **«إنكاح المرأة بالمرأة لا صداق بينهما»**[2].

والأحاديث السابقة ظاهرة في النهي والنفي، وابن الشغار حرام باطل، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه، والنفي رفع لوجوده في الشرع.

وأما المعقول: فإن كل بضع صداق حينئذ ومنكوح، فيكون مشتركاً بين الزوج ومستحق المهر وهو باطل، وقد سماه رسول الله: تعدياً.

وأصل الخلاف بين أبي حنيفة وجمهور الفقهاء هو في علة النهي، فأبو حنيفة اعتبر علة النهي عدم التسمية، ويزول أثر عدم التسمية بوجوب مهر المثل فيسلم العقد وجمهور الفقهاء، جعلوا علة النهي عقد زواجين في عقدة واحدة، ولذلك تصوروا أن يكون شغار مع ذكر مهر مسمى.

أما أبو حنيفة فلم يعتبر الشغار إلا في عدم التسمية، ولذلك لم يتصور الشغار مجتمعاً مع تسمية إذ أنه في حال التسمية لا شغار.

قال في بدائع الصنائع: «إنَّ هذا النكاح مؤبد أدخل فيه شرط فاسد، حيث شرط فيه أن يكون بضع كل واحدة منهما مهراً للأخرى، والبضع لا يصح مهراً، والنكاح لا تبطله الشروط الفاسدة، كما إذا تزوجها على أن يطلقها، أو على أن ينقلها من منزلها، وبه تبيّن أنه لم يجتمع النكاح والصداق في بضع واحد، لأن جعل البضع صداقاً لم يصح. ولا نسلم أنه نكاح خال عن العوض، بل هو نكاح بعوض، وهو مهر المثل فلا يكون شغاراً، على أنَّ النهي ليس عين النكاح لأنه تصرف مشروع مشتمل على مصالح الدِّين والدنيا، فلا يحتمل النهي عن إخلاء النكاح عن تسمية المهر، والدليل ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما، أنه قال: «نهى رسول الله ﷺ

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووي: ٢٠١/٩.

(٢) نيل الأوطار للشوكاني: ١٥٩/٦.

أن تنكح المرأة بالمرأة، ليس لواحدة منهما مهر» وهو إشارة إلى أنَّ النهي لمكان تسمية المهر لا لعين النكاح فيبقى صحيحاً[1].

يقول ابن تيمية في نظرية العقد:

اختلف العلماء في علة النهي عن نكاح الشغار، وفي بطلانه على ثلاثة أقوال:

الأول: أنه إنما ينهى عنه لما فيه من نفي المهر، وهذا لا يوجب فساد العقد، وهؤلاء صححوا العقد، وأوجبوا مهر المثل،وهو قول أبي حنيفة.

الثاني: أنَّ النكاح فاسد لنفي المهر.

الثالث: أنَّ النكاح فاسد لعلة التشريك في البضع، أو الإسلاف في العقد، وكلا القولين في مذهب أحمد.

وصحح ابن تيمية من الأقوال الثلاثة القول القائل ببطلان نكاح الشغار، وأنَّ العلة في شرط إشغاره من الصداق، وأيضاً فإن هذا نكاح مع نفي المهر فإن بضع كل واحدة لا تنتفع به الأخرى.

ومعلوم أنَّ الزوجين إنما تراضيا بنفي الصداق، ولم يقصد أحدهما نكاحاً يجب فيه مهر، فما قصده أحدهما لم يبحه الشارع، وما أباحه الشارع لم يقصده أحدهما[2].

وأما العلل المذكورة في إبطاله فأشهرها التشريك في البضع بين الزوج وبين غيره فلم يصح العقد، ووجه التشريك في العقد أنَّ المرأة تملك الصداق والزوج يملك البضع فكان بضع كل واحدة منهما مشتركاً بين الزوج وبين المرأة الأخرى.

وهذا التعليل ضعيف، لأن وصف العلة ممنوع، وليس هنا تشريك في البضع كما يشترك رجلان في بضع امرأة، لأن هنا يكون كل من الرجلين

(١) بدائع الصنائع: الكاساني: ٢٧٨/٢.

(٢) نظرية العقد: ابن تيمية: ص١٧٦ ـ ١٨٢.

يستحق الاستمتاع بالمرأة، والنكاح مبناه على اختصاص الرجل بالمرأة، وأنه لا يجوز اشتراك رجلين في بضع امرأة، لا يملك نكاح ولا ملك عين حتى أنه لا أن يتزوج الموطوءة إلا بعد انقضاء عدتها من الأول، لئلا تختلط المياه، وتتشابك الأنساب، فلا يتميز ولد هذا من ولد هذا هذا هو الإحصان الذي أمر الله به وعلق حلّ النكاح به، ومشاركة الرجل الرجل في بضع امرأة مخالف للإحصان الذي ثبت وجوبه بالنص والإجماع، ولهذا كان النكاح فاسداً باتفاق المسلمين، وفساده ظاهر لكل أحد، بل هو مما يعلم باضطرار من دين الإسلام[١].

الرأي الراجح: وأياً ما كان اختلاف الفقهاء في علة النهي عن نكاح الشغار، فإنه لا تأثير لهذا الخلاف في كون هذا النكاح باطلاف ومحرماً لنهي النبي ﷺ في أحاديث متعددة، وذلك لما فيه من ظلم المرأة بإخلائها عن ما تنتفع به، ولأن تزويجها شغاراً يكون لأجل غرض الولي لا لمصلحتها والظلم لم يبحه الله قط للعباد.

(١) نظرية العقد: ص١٨٧.

المبحث الرابع: نكاح المحلل

تعريفه لغةً: حلّ العقدة فتحها فانحلت، والحليل: الزوج، والحليلة: الزوجة، والمحلل في النكاح الذي يتزوج المطلقة ثلاثاً حتى تحل للزوج الأول(١).

وشرعاً: هو أن يتزوج الرجل المطلقة ثلاثاً حتى إذا أحلّها لمطلقها بعد وطئها طلقها.

حكمه: هذا النكاح حرام وباطل، لأن المرأة إذا بانت من زوجها بثلاث تطليقات فإنها لا تحل له حتى تتزوج بآخر ثم يطلقها بعد الدخول، وتنقضي عدتها منه، فإذا تزوجها رجل بنية أن يطلقها لتحل لزوجها الأول، كان هذا النكاح حرام باطلاً سواء عزم بعد ذلك على إمساكها أو فارقها، وسواء علم الزوج المطلق ثلاثاً أو لم يعلم، مثل أن يظن المحلل أنَّ هذا فعل خير ومعروف مع المطلق وامرأته بإعادتها إليه، لما أن الطلاق أضرّ بها وبأولادها وعشيرتها ونحو ذلك.

بل لا يحلّ للمطلق ثلاثاً أن يتزوجها حتى ينكحها رجل لنفسه نكاح رغبة، ويدخل بها حيث يذوق عسيلتها، لما رواه عروة أنَّ عائشة أخبرته أنَّ امرأة رفاعة القرظي جاءت إلى رسول الله ﷺ، فقالت: يا رسول الله، إنَّ رفاعة طلقني فبتّ طلاقي، وإني نكحت بعده عبدالرحمن بن الزبير القرظي،

---

(١) مختار الصحاح: حلّل: ص٣٥٣.

وإنما معه مثل الهدبة (مثل طرف الثوب أي رخو لا يغني عنها شيئاً)[1]، قال رسول الله ﷺ: **«لعلك تريدن أن ترجعي إلى رفاعة، لا حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته»**[2].

ثم بعد هذا إذا حدث بينهما فرقة بموت أو طلاق أو فسخ جاز للأول أن يتزوجها.

هذا هو قول عامة الفقهاء، وهو المأثور عن أصحاب رسول الله ﷺ وجميع الصحابة وابن عباس رضي الله عنهم أجمعين.

فعن عمر رضي الله عنه أنه خطب الناس على منبر رسول الله ﷺ بين المهاجرين والأنصار وقال: لا أوتي بمحلل ولا محلل له إلا رجمتهما[3].

وكذلك نهى سيدنا عثمان رضي الله عنه وابن عباس عن التحليل، وبيّنوا أنها لا تحل به للأول ولا الثاني وأنهم قصدوا بذلك كل ما قصد به التحليل وإن لم يشرط في العقد ولا قبله.

روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه سئل عن المحلل والمحلل له، فقال: «لا يزالان زانيين وإن مكثا عشرين سنة، إذ علم الله سبحانه أنهما أرادا أن يحلّها له».

وعن ابن عباس رضي الله عنهما: «أنَّ رجلاً سأله عمن طلق امرأته كيف ترى في رجل يحّها له، فقال ابن عباس: من يخادع الله يخدعه».

هذا هو المأثور عن أصحاب رسول الله ﷺ، وعن عامة فقهاء التابعين، وعامة فقهاء المسلمين وهو قول الأوزاعي والليث والثوري، وقول الخطابي وإسحاق بن راهويه[4] وهو مذهب المالكية والحنابلة وقول للشافعي، وهو قول الشيعة الزيدية أيضاً.

---

(١) لسان العرب: هدب: ٧٨٠/١.
(٢) صحيح البخاري: ٥٥/٧.
(٣) السنن الكبرى للبيهقي: ٢٠٩/٧.
(٤) إقامة الدليل على إبطال التحليل: ابن تيمية: ١٨٩/٣.

والسؤال الآن: لو تواطىء شخص مع امرأة على أنَّ النكاح لا يقصد به سوى حلّها للزوج الأول فهل هذا النكاح صحيح تترتب عليه آثاره وعُداته التي منها حلّ العود للزوج الأول أو هو نكاح فاسد لا يستتبع أحكام النكاح الصحيح، وعليه فلا يجوز لها الرجوع إلى زوجها الأول؟ والتواطؤ معناه الاتفاق سراً دون علم الزوج الأول بهذا النكاح من أجل التحليل.

اختلفت آراء الفقهاء في ذلك، وسنعرض لآرائهم.

رأي أبو حنيفة: أنَّ الرجل إذا تزوج امرأة بشرط التحليل فالنكاح مكروه كراهة تحريمية وهو سبب للعقاب لقوله ﷺ: **«لعن الله المحلل والمحلل له»**[1]، فإذا طلقها بعد وطئها حلت للأول لوجود الدخول في نكاح صحيح، إذ النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد.

وقال أبو يوسف: النكاح بشرط التحليل فاسد، لأنه في معنى الزواج المؤقت، والمؤقت في معنى المتعة.

وقال محمد من أصحاب أبي حنيفة: كذلك إنَّ الزواج بشرط التحليل صحيح، لكن لا تحل به للزوج الأول، لأنه استعجل ما أخره الشارع، فيعاقب بمنع مقصوده كما في قتل الموارث مورثه أما إذا أضمرا ذلك في أنفسهما ولم يقولاه أثناء العقد فلا يكره، ويكون مأجوراً لقصده الإصلاح[2].

وذهب الشافعي في أحد قوليه: أنه إذا شرط التحليل في العقد فهو باطل سواء قال: زوجتك إلى أن تحلها أو إلى أن تطأها، أو قال بشرط أنك إذا وطئتها أو أحللتها باتت، وذلك لأنه شرط يمنع دوام النكاح فأشبه التأقيت.

وذهب الشافعي في القول الثاني: إلى أنه لو تزوجها على أن يحلها

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) فتح القدير: ١٧٧/٣، حاشية ابن عابدين: ٧٤٣/٢.

للزوج الأول فالنكاح صحيح، لأنه لم يشترط الفرقة، بل شرط مقتضى العقد[1].

وقال المالكية والحنابلة: ببطلان هذا النكاح بالتواطؤ.

فالمنصوص عن الإمام أحمد: أنَّ نكاح المحلل يبطل بقصد التحليل، فإن أظهره كان باطلاً في الظاهر وإن أبطن ذلك كان حراماً باطلاً في الباطن، وسواء شرط ذلك في عقد النكاح أو شرطه عليه قبله ونواه في العقد، فهو أوكد في البطلان.

فإذا تواطئا على التحليل قبل العقد، وعقدا على ذلك القصد فهو كالمشروط في العقد ويبطل به النكاح لأن الغالب أنَّ الشروط المتقدمة على العقد إذا لم تفسخ إلى حين العقد فإنها بمنزلة المقارنة[2].

وقال الظاهرية: من تزوج امرأة وفي نيته أن يحلّها لمطلقها ثلاثاً، فإن النكاح ينعقد صحيحاً لأنه خلا من الشرط.

فلو شرط في عقد نكاحها أنه يطلقها فهو عقد فاسد، يلزم فسخه ولا تحل له به أبداً وإن اشترط التحليل قبل العقد فهو لغو من القول، وينعقد النكاح صحيحاً بريأً منكل شرط أي أنَّ المبطل للنكاح عند الظاهرية هو اشتراط التحليل في صلب العقد، أما إذا نواه فقط أو اشترط ذلك قبل العقد فهو لغو من القول لا تأثير له على العقد[3].

ويرى الشيعة الزيدية: أنَّ اشتراط التحليل في عقد النكاح باطل إجماعاً، إذ هو كالمؤقت فإن تواطئا على التحليل ولم يشترطاه في العقد صحّ العقد ولغا الشرط، وفي قولٍ لهم: يبطل العقد لأن الرسول الله «لعن المحلل»[4].

---

(١) مغني المحتاج: ١٨٣/٤.

(٢) نظرية العقد: ابن تيمية: ص٣٠٣، ٣٠٤.

(٣) المحلى: ١٨٣/١٠.

(٤) البحر الزخار: لابن المرتضى: ٢٩/٤.

الرأي الراجح: إنَّ مَن يتأمل هذا النوع من الزواج يجد أنه زواج غير مشروع إذ لم يقصد فيه المحلل إلى تكوين أسرة، ولم يقصد دواماً ولا استمراراً ولا سكناً ولا مودة، لذا حقت عليه اللعنة. لأنهما زانيان، وكيف لا يكون ذلك وهو زواج يفعله أصحابه مع التستر والكتمان خوف الفضيحة والعار إذا عُلم واشتهر، فهو أمر يدل على أنه في قرارة النفوس لا يقل عن اختلاط المقت والفاحشة، بل يزيد عليه لفعله باسم الشرع والدين.

فالناس يظهرون النكاح ويعلنونه فرحاً وسروراً، وهذا النكاح نجعله أمراً مستوراً يتواصى على إخفائه وكتمانه.

فالمرأة تنكح لمالها وجمالها ودينها، والتيس المستعار لا يسأل عن شيء من ذلك، فإنه لا يمسك بعصمتها، بل قد دخل على زوالها، والله تعالى جعل كل واحد من الزوجين سكناً لصاحبه، وجعل بينهما مودة ورحمة، ليحصل بذلك مقصود هذا العقد العظيم وتتم بذلك المصلحة التي شرعه لأجلها العزيز الحكيم(١).

وقد استنكر ابن القيم هذا الفعل المشين من المحلل فقال متسائلاً:

سَل هذا التيس المستعار هل له من مقصود هذا العقد نصيب؟ أو هو من حكمة هذا العقد ومقصوده ومصلحته أجنبي غريب، وسله هل اتخذ هذه المصابة حليلة وفراشاً يأوي إليه؟ ثم سلها هل رضيت به قط زوجاً وبعلاً تعول في نوائبها عليه؟

وكيف تعير به المرأة طول دهرها بين أهلها والجيران؟

وسل التيس المستعار هل حدَّث نفسه وقت هذا العقد الذي هو شقيق النفاق بنفقة أو كسوة أو وزن صداق؟ وهل طمعت المصابة منه في شيء من ذلك أو حدَّثت نفسها به هناك، وهل طلب منها ولداً نجيباً واتخذته عشيراً وحبيباً؟

---

(١) إقامة الدليل على إبطال التحليل: ٢٠٢/٣ ـ ٢٠٤.

وسله هل كان في الصحابة محلل واحد، أو أقر رجل بينهم على التحليل، وسله لأي شيء قال عمر بن الخطاب: «لا أوتي بمحلل ولا محلل له إلا رجمتهما»؟[1].

الفرق بين نكاح التحليل ونكاح المتعة:

١ ـ أنَّ نكاح المتعة كان مباحاً في أول الإسلام بخلاف التحليل.

٢ ـ أنَّ نكاح المتعة رخص فيه ابن عباس وطائفة من السلف بخلاف نكاح التحليل.

٣ ـ أنَّ المتمتع له رغبة في المرأة، والمرأة لها رغبة في الرجل إلى أجل فهو نكاح مقصود لكنه مؤقت، بخلاف المحلل فإنه ليس لأحد الزوجين رغبة في الزواج ولكنها تريد أن تكون زوجة غيره لا زوجته، وهو ليس له رغبة فيها بل في أخذ ما يعطاه من مال، والنكاح هو السكن والتحليل فيه البغضة والنفرة، ولهذا لا يظهره أصحابه بل يكتمونه كما يكتم السفاح، ومن شعائر النكاح إعلانه وضرب الدفوف، والوليمة والطيب والشراب ونحو ذلك مما جرت عادات الناس عليه، وأما التحليل فإنه لا يفعل فيه شيء من هذا لأن أهله لم يريدوا أن يكون المحلل زوج المرأة، وإنما المقصود استعارته، ولهذا سمي: «بالتيس المستعار»[2].

هذا وقد قيل: إنَّ نكاح المتعة أحسن حالاً من نكاح التحليل من وجهين:

أحدهما: أنَّ نكاح المتعة إلى مدة معلومة، ونكاح التحليل إلى مدة مجهولة.

الثاني: أنَّ المقصود من النكاح هو الاستمتاع، وهذا يحصل في نكاح المتعة، ولا يحصل في نكاح التحليل لذا يقول ابن تيمية: إنَّ نكاح المتعة

---

(١) أعلام الموقعين: ٣/٤١ ـ ٤٨.

(٢) إقامة الدليل على بطلان التحليل: ٣/٦٤.

محرم مع أنَّ المستمتع له غرض في نكاح الزوجة إلى وقت، لكن لما كان غير داخل على النكاح المؤبد كان مرتكباً للمحرم، فكيف يكون نكاح المحلل الذي قصده أن يمسكها ساعة من زمان أو دونها، ولا غرض له في النكاح البتة، بل قد شرط انقطاعه وزواله إذا أخبثها بالتحليل، فكيف يجتمع في عقل أو شرع تحليل هذا وتحريم المتعة، مع أنَّ المتعة أبيحت في أول الإسلام وفعلها الصحابة وأفتى بها بعضهم بعد موت الرسول ﷺ، ونكاح المحلل لم يبح في ملة من الملل قط، ولم يفعله أحد من الصحابة، ولا أفتى به واحد منهم[1].

---

(١) إقامة الدليل على بطلان التحليل: ٦٤/٣، نظرية العقد: ص٢٠٠، ٢٠١.

الفصل الرابع
نتائج وتوصيات للبحث

وبهذا أكون قد استعرضت أحكام الشروط المقترنة بعقد الزواج، وبيّنت أنَّ هذا الموضوع ذو أهمية عظيمة في التشريع لا حدّ لها.

وقد بحث الإمامان ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، موضوع الشروط بحثاً وافياً، أحاطا به من جميع نواحيه، واستوعباه استيعاباً تاماً، حتى صار لا مطمع فيه لمستزيد، وقد انتهى بهما المطاف إلى هذا الأصل العظيم:

(إنَّ كل عقد وكل شرط لم ينه عنه الشارع فهو جائز مباح، فالأصل في العقود الصحة حتى يقوم الدليل على البطلان والتحريم، فما دام لم يرد عن الشارع نص بالمنع والتحريم فلا خطر ولا منع، وإذا روعي هذا في التشريع، كان فيه فتح باب خير عظيم على الناس).

لذا أدعو الهيئات والمنظمات والاتحادات النسائية، والمشرعين القانونيين والعلماء المختصين بالأحوال الشخصية، وبالأسرة وبشؤون المرأة، إلى تعديل بنود ومواد الشروط في المواد القانونية لعقد الزواج بحيث تتضمن ما يحمي المرأة في حال طلاقها، بعد إثبات الضرر الواقع من الزوج وبسببه.

والله أسأل خير الأمة وصلاحها وفلاح أمرها، وثبات رشدها، وحسن تعقلها، وسعة فكرها وفهمها لكتاب الله وسنّة نبيه ﷺ إنه سمع مجيب الدعاء.

نتائج البحث

بعدما فرغت من الاستعراض أستخلص النتائج التالية:

١ ـ أنَّ وضع الشرائع الإلٰهية إنما هو لمصلحة العباد في العاجل والآجل معاً، لأن القصد الأعظم من الشريعة هو جلب المصلحة ودرء المفسدة، وحفظ العالم واستدامة صلاحه.

٢ ـ لكل عقد شرعي غاية اقتضها حكمة الشارع لوصول الناس إلى أغراضهم، ووضع لكل عقد ما يحقق ذلك على ما هو مبين في الكتب الفقهية.

٣ ـ إنَّ إنشاء العقود تكون بإرادة المكلف واختياره، وأما الآثار والأحكام فهي من عمل الشارع وجعله، وليس في ذلك هدم لأصل الرضا والاختيار، لأن آثار العقود وأحكامها لما كانت معلومة للعاقدين، فإقدامهما على العقد بمحض إرادتهما ورغبتهما يعتبر رضا منهما بمقتضيات العقد وأحكامه.

٤ ـ الأصل في العقود الصحة، إلا ما أبطله الشارع أو نهى عنه، وأنَّ للعاقدين كامل الحرية في إنشاء ما شاءا من العقود ما دامت لا تتعارض مع أسس الدِّين وقواعده الكلية، وفقاً للرأي الراجح.

٥ ـ إنَّ الشرط المقترن بالعقد قد يشترطه العاقد بعبارته ولفظه الصريح، ويسمى الشرط اللفظي، وقد يكون أمراً تعارف عليه الناس واعتادوا على التزامه وإن لم يذكر في أثناء العقد، ويسمى الشرط العرفي.

٦ ـ تتقيد التصرفات والعقود بالشرط العرفي، كما تتقيد بالشرط اللفظي إذ دلالتهما على المراد سواء.

٧ ـ إنَّ الفروق بين الشرط اللفظي والوعد يرجع في الجملة إلى اعتبار القرائن وسياق الكلام وإلى اعتبار عرف الناس وعاداتهم.

٨ ـ إنَّ الشرط قد يذكر في أثناء العقد ويسمى الشرط المقارن، وقد يتفق عليه العاقدان قبل العقد ولا يذكر في أثناء العقد، ويسمى بالشرط المتقدم، وقد يذكر بعد إنشاء العقد وتمامه ويسمى بالشرط المتأخر.

٩ ـ إنَّ الشرط المتقدم على العقد واللاحق له كالشرط المقارن في جميع الأحكام، لأن القول بعدم التسمية بينهم يؤدي إلى فتح باب التحايل في الشروط المحرمة.

١٠ ـ الأصل في الشروط الصحة والجواز، ولا يبطل شرط منها إلا إذا قام الدليل المعين على إبطاله وإلغائه طبقاً للرأي الراجح المأخوذ من رأي الإمام أحمد وابن تيمية وابن القيم الجوزية.

١١ ـ تنقسم الشروط في المذاهب المختلفة إلى صحيحة وفاسدة وباطلة، وتنقسم الشروط المقترنة بعقد الزواج إلى أقسام أربعة هي:

أ ـ شروط تكون جزءاً من مقتضى العقد ومؤكده لمقتضاه، وهي شروطه صحيحة وفاسدة وباطلة.

ب ـ شروط تؤثر في صحة العقد وتبطلها لأنها تجعل الصيغة غير صالحة لإنشاء العقد، وهذه الشروط تؤثر على عقد الزواج بالبطلان باتفاق الفقهاء كالتوقيت، والتحليل، والمتعة والشغار.

جـ ـ شروط مخالفة لمقتضى العقد أو ورد فيها نهي من الشارع وهي شروط فاسدة لا تؤثر على العقد، بل تلغو ويبقى العقد صحيحاً كاشتراط الرجل في عقد الزواج ألا ينفق على زوجته، أو لا مهر لها.

د ـ شروط ليست من مقتضى العقد ولا مؤكدة لمقتضاه ولا مخالفة له، ولم يرد بها نهي من الشارع، ولكن فيها غرض صحيح لمن اشترطها، مثل اشتراط المرأة على زوجها في عقد النكاح ألا يتزوج عليها، أو إن طلقها أن يعوض لها بقدر ما قضت من سنين عمرها في خدمته وخدمة

أولاده، أو أن تشترط عليه إن طلقها بسبب منه أن يكتب لها نصف ما يملك، أو يتكفل بإسكانها وغير ذلك.

وهذا القسم الأخير كان موضع خلاف ونزاع بين الفقهاء، وقد اتجهت إلى ترجيح رأي القائلين بصحة هذه الشروط في عقد النكاح ووجوب الوفاء بها، ما لم يكن في نصوص الشريعة أو قواعدها ما يدل على متعة وعدم صحته كاشتراط المرأة طلاق ضرتها، أو أن لا ينقلها من دارها، وقد ناقشت كل شرط على حدة وبيّنت السبب في رفض بعض الشروط، والأخذ ببعض الشروط الأخرى.

واستندت كما استند الفقهاء إلى الحديث الصحيح للرسول ﷺ: «**إنَّ أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج**»، فقد جعل الوفاء بشروط النكاح التي يستحل بها الزوج فرج امرأته أولى من الوفاء بسائر الشروط على الإطلاق. كاشتراط المرأة ألا يمنعها من الخروج لصنعتها كالطبيبة أو الممرضة ومبيتها خارج منزلها ليلاً بسبب صنعتها، أو اشتراط المرأة على الزوج ألا يمنعها من إتمام تعليمها، وغير ذلك من الشروط التي فها منفعة مقصودة للمرأة.

فإذا كان الشرط قد علمه الزوج ورضي به ووافق عليه، فيستحب له شرعاً أن يفي به ما استطاع، لكن لا يجب عليه الوفاء ولا يجبر عليه قضاءً، ولكنه إذا لم يفِ بالشرط كان لها طلب فسخ الزواج بينها وبينه.

١٢ ـ إنَّ نكاح المتعة والشغار والتوقيت والتحليل حرام وباطل وفقاً للرأي الراجح.

١٣ ـ إن لقصد العاقدين ونيّتهما أثرٌ في صحة العقد وفساده.

هذه أهم نتائج البحث التي توصلت إليها، وبه أسأل الله العلي القدير أن يوفقني إلى ما فيه الخير والسداد، وأن يجعلني من الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه. وكل مقصدي خدمة دين الله الحنيف، وإرساء شرعه القويم، والله على ما أقول شهيد، وهو خير المولى وخير المسؤول، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

نشوة العلواني

٩/٨/٢٠٠٠م

فهرس المصادر والمراجع

علوم القرآن الكريم:

١ ـ القرآن الكريم.

٢ ـ **روح المعاني للألوسي**، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت.

٣ ـ **أحكام القرآن**، الجصاص، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت.

الحديث الشريف وعلومه:

١ ـ **سبل السلام**، الصنعاني، دار الكتاب العربي، بيروت سنة ١٩٨٧.

٢ ـ **نيل الأوطار**، الشوكاني، دار القلم، بيروت، د.ت.

٣ ـ **نصب الراية**، الزيلعي، عالم الكتب، بيروت سنة ١٩٨٨.

٤ ـ **سنن أبي داود**، دار الحديث، دمشق سنة ١٩٧٣.

٥ ـ **صحيح البخاري**، دار العلوم الإنسانية، د.ت.

٦ ـ **فتح الباري على صحيح البخاري**، دار الفكر، بيروت، د.ت.

٧ ـ **صحيح مسلم بشرح النووي**، دار القلم، بيروت سنة ١٩٨٧.

٨ ـ **مستدرك الحاكم**، دار المعرفة، بيروت، د.ت.

٩ ـ **السنن الكبرى**، البيهقي، دار الفكر، بيروت، د.ت.

الكتب الفقهية:

أ ـ الفقه الحنفي:

١ ـ **حاشية ابن عابدين**، دار إحياء التراث العربي، بيروت سنة ١٩٩٨.

٢ - **المبسوط**، السرخسي، دار المعرفة، بيروت سنة ١٩٧٥.
٣ - **مختصر الطحاوي**، دار المعرفة، بيروت سنة ١٩٧٥.
٤ - **بدائع الصنائع**، الكاساني، دار الكتب العلمية، بيروت سنة ١٩٨٦.
٥ - **الحموي على ابن نجيم**، المسمى غمز عيون البصائر، دار الكتب العلمية، بيروت سنة ١٩٨٥.
٦ - **الفتاوى الهندية**، مجموعة من العلماء برئاسة نظام الدين، دار إحياء التراث العربي، بيروت سنة ١٩٨٠.
٧ - **شرح فتح القدير**، ابن الهمام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت.

ب ـ الفقه الشافعي:

١ - **الأم**، الشافعي، مطبعة الشعب م.د سنة ١٣٨٨.
٢ - **المهذب**، أبو إسحاق الشيرازي، مطبعة مصطفى البابي، القاهرة سنة ١٩٥٩.
٣ - **مغني المحتاج**، محمد الشربيني الخطيب، مطبعة البابي الحلبي، القاهرة سنة ١٩٦٨.

جـ ـ الفقه المالكي:

١ - **حاشية الدسوقي**، دار الفكر، بيروت، د.ت.
٢ - **فتاوى الشيخ عليش**، دار الفكر، بيروت، د.ت.
٣ - **جواهر الإكليل على هامش مواهب الجليل**، دار الفكر، بيروت سنة ١٩٨٤.
٤ - **تبصرة الحكام**، ابن فرحون، القاهرة سنة ١٩٨٦.
٥ - **الخرشي الشرح الكبير**، دار الفكر، بيروت، د.ت.
٦ - **بداية المجتهد**، ابن رشد، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر سنة ١٩٦٦.

د ـ الفقه الحنبلي:

١ - **المغني**، ابن قدامة، دار هجر، القاهرة سنة ١٩٩٠.
٢ - **فتاوى ابن تيمية**، مطابع الرياض سنة ١٣٨١.
٣ - **نظرية العقد**، ابن تيمية، بيروت، دار المعرفة.
٤ - **إقامة الدليل على إبطال التحليل**، ابن تيمية.
٥ - **كشاف القناع على متن الإقناع**، البهوتي، عالم الكتب، بيروت سنة ١٩٩٧.

و ـ الفقه الظاهري والزيدي:

١ ـ **المحلى**، ابن حزم الظاهري، دار الآفاق الحديثة، بيروت، د.ت.

٢ ـ **الحلّي**، نجم الدين مصر، د.ت.

كتب أصول الفقه والقواعد الفقهية:

١ ـ **التعريفات**، الجرجاني، دار الكتاب العربي، بيروت سنة ١٩٨٥.

٢ ـ **المنثور في القواعد**، الزركشي، وزارة الأوقاف، الكويت سنة ١٩٨٢.

٣ ـ **الفروق**، للقرافي، دار الكتاب العربي سنة ١٩٨٤.

٤ ـ **الإحكام في أصول الأحكام**، ابن حزم الأندلسي، دار الحديث، القاهرة سنة ١٩٩٨.

٥ ـ **أعلام الموقعين**، ابن قيم الجوزية، دار الآفاق الجديدة، بيروت سنة ١٩٨٣.

٦ ـ **القوانين الفقهية**، الكلبي، دار المعرفة، بيروت، د.ت.

٧ ـ **الموافقات**، الشاطبي، بيروت، دار الكتب العلمية سنة ١٩٩٥.

٨ ـ **المستصفى**، الغزالي، دار الفكر، بيروت سنة ١٩٨٥.

٩ ـ **التلويح على التوضيح**، ابن مسعود المحبوبي، دار الأرقم، بيروت سنة ١٩٩٨.

١٠ ـ **أصول السرخسي**، دار المعرفة، بيروت سنة ١٩٩٧.

١١ ـ **الأشباه والنظائر**، السيوطي، القاهرة سنة ١٩٥٩.

١٢ ـ **الأشباه والنظائر**، ابن نجيم الحنفي، دار محمد مطيع الحافظ سنة ١٩٨٣.

١٣ ـ **تصحيح الفروع**، ابن مفلح، عالم الكتب، بيروت سنة ١٩٦٧.

١٤ ـ **مقدمة ابن رشد**، دار الغرب الإسلامي، بيروت سنة ١٩٨٨.

المعاجم:

١ ـ **لسان العرب**، ابن منظور الإفريقي، دار صادر، بيروت.

٢ ـ **مختار الصحاح**، دار الحضارة العربية، بيروت، د.ت.

الجرائد والمجلات والأبحاث:

١ ـ زينب جمعة، **قابلية تطوير قانون الأحوال الشخصية**، محاضرة ألقيت في مصر سنة ٢٠٠٠م.

٢ - **جريدة السفير، ٢٠٠٠/١/٢٨م مقالات فهمي هويدي.**
٣ - **جريدة الشرق الأوسط، ١٩٩٩/١٢/٨.**
٤ - **حقوق المرأة في الجمهورية الإسلامية الإيرانية، إعداد المستشارية الثقافية** الإيرانية في لبنان.

الكتب الحديثة:

١ - **الموسوعة الفقهية**، لجنة وزارة الأوقاف الكويتية، جماعة من العلماء سنة ١٩٩٦.
٢ - **الفقه الإسلامي وأدلته**، وهبة الزحيلي، دار الفكر سنة ١٩٩٧.
٣ - **المدخل الفقهي العام**، مصطفى الزرقا، الجامعة السورية سنة ١٩٥٨.
٤ - **نظرية العقد**، السنهوري، القاهرة لجنة التأليف والترجمة سنة ١٩٣٤.
٥ - **الوسيط**، السنهوري، دار إحياء التراث العربي، بيروت سنة ١٩٧٠.
٦ - **التعبير عن الإرادة**، وحيد الدين سوار، القاهرة، مكتبة النهضة المصرية سنة ١٩٦٠.
٧ - **مصادر الحق**، السنهوري، بيروت، المجمع العربي العلمي الإسلامي سنة ١٩٨٠.
٨ - **الملكية ونظرية العقد**، أحمد حسين، بيروت، الدار الجامعية سنة ١٩٩٠.
٩ - **نظرية العقد**، محمد أبو زهرة، القاهرة، دار الفكر العربي سنة ١٩٧٧.
١٠ - **نظرية الشروط المقترنة بالعقد**، زكي الدين شعبان، بنغازي سنة ١٩٧٤.
١١ - **الأحوال الشخصية**، محمد أبو زهرة، مطبعة مخيمر، القاهرة سنة ١٩٥٨.
١٢ - **نظرية العقد**، شوكت العدوي.
١٣ - **المدخل في الفقه الإسلامي**، محمد مصطفى شلبي، بيروت، الدار الجامعية سنة ١٩٨٥.
١٤ - **الأحوال الشخصية**، عبدالرحمن الصابوني، المطبعة الجديدة، دمشق سنة ١٩٨٥.
١٥ - **فتاوى محمود شلتوت**، القاهرة، دار القلم سنة ١٩٦٤.
١٦ - **ضحى الإسلام**، أحمد أمين، القاهرة، لجنة التأليف والترجمة سنة ١٩٣٤.

الفهرس

الموضوع	الصفحة
المقدمة	٥
خطة الكتاب	٧
الباب الأول: مقصد الشارع من العقود المشروعة	٩
الفصل الأول: تعريف العقد في اللغة وفي اصطلاح الفقهاء	١١
المبحث الأول: تعريف العقد في مجلة الأحكام العدلية والقانون	١١
المبحث الثاني: موضوع عقد الزواج	١٨
السبب في النظرية الحديثة عند القانونيين	٢٠
موقف الفقهاء من نظرية السبب بالمعنى الحديث (الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة)	٢٠
الفصل الثاني: تكوين عقد الزواج	٢٣
المبحث الأول: تعريف الزواج ـ هل المقصود بالنكاح الوطء أم العقد ـ أركان الزواج ـ شروط المرأة ـ شروط صيغة الغقد	٢٥
المبحث الثاني: شروط صحة الزواج ـ شروط النفوذ ـ شروط اللزوم ...	٣٠
الفصل الثالث: مدى حرية المتعاقدين في إنشاء العقود ـ سلطان الإرادة العقدية	٣٣
المبحث الأول: موضوع حرية إرادة العاقد في أصل العقد لهذا المبدأ أربع حريات تتعلق بها ـ سلطة الإرادة العقدية في نصوص الشريعة	٣٥
المبحث الثاني: مدى سلطان العاقد على تعديل آثار العقود	٣٩
الفصل الرابع: في حرية التعاقد آراء الفقهاء في الشروط العقدية	٤١

الموضوع	الصفحة

المبحث الأول: تقسيمات الشرط ـ ما يختص به الشرط الجعلي بقسميه المعلق والمقيد ـ ما يُعرف به الشرط ـ الأثر المترتب على تعليق الملك بالشرط ٤٥

المبحث الثاني: التخصيص بالشرط ـ الاستدلال بمهفوم الشرط ـ أثر الشرط الجعلي التعليقي على التصرفات ـ أثر الشرط التقيدي على التصرفات ـ الشرط الصحيح ـ ضابطه ٤٩

المبحث الثالث: أنواع الشرط عند الحنابلة ـ الشرط الفاسد أو الباطل وضابطه عند الفقهاء ـ اشتراط ما يخالف المقصود من العقد ـ اشتراط ما لا يقتضيه العقد ٥٢

الباب الثاني: تحليل كامل للاجتهادات الفقهية التي تمسكت بمقتضى العقد ـ مقدمة على مبدأ حرية التعاقد ٥٩

الفصل الأول: الاجتهادات التي تمسكت بنظرية مقتضى العقد وشروطها ... ٦٣

المبحث الأول: المذهب الحنفي وموقفه من الشروط ٦٤

المبحث الثاني: الاجتهادات التي ترى أنَّ الأصل في الشروط العقدية هي الإطلاق ـ موقف الاجتهاد والحنبلي من نظرية مقتضى العقد ـ قلب مقتضى العقد ٦٦

الفصل الثاني: مزايا المذهب الحنبلي في سلطان الإرادة ـ النواحي الهامة في مبدأ سلطان الإرادة: الناحية الأولى ـ الناحية الثانية ـ الناحية الرابعة ـ الناحية الخامسة ـ الناحية السادسة ـ الخلاصة ٧٠

الفصل الثالث: أحكام الشروط في المذاهب الفقهية والأصولية ٨١

دراسة لأدلة الشروط في المذاهب الفقهية والرد عليها ٨٣

المبحث الأول: أدلة الظاهرية ٨٤

المبحث الثاني: أنواع الشروط من حيث التقديم والتأخير ـ الفرق بين الوعد والشرط ـ موضع الشروط من العقد ـ الشرط المتقدم ـ الشرط المتأخر ... ٨٦

المبحث الثالث: آراء الفقهاء في الشروط المقترنة بالعقد ـ المذهب الأول ـ المذهب الثاني ـ دليل الكتاب والسنة ـ المعقول ـ الرأي الراجح ٩٤

الباب الثالث: **حكم الشروط في عقد الزواج** ١٠٧

الموضوع	الصفحة
الفصل الأول: الشروط الاتفاقية في عقد الزواج ـ مذهب الحنابلة واستدلاله ـ وجه الدلالة ـ الرأي المخالف ـ وجه الدلالة ـ المعقول	١٠٩
الشروط المقترنة بعقد الزواج في قوانين البلاد العربية ـ القانون المصري ـ القانون المغربي ـ الرد على قول الأستاذة زينب جمعة ـ القانون السوري ـ القانون الإيراني	١١٤
الفصل الثاني: قاعدة التعويض على الضرر	١٢٣
تفويت البضع	١٢٤
الفصل الثالث: أنواع من الأنكحة	١٢٩
المبحث الأول: نكاح المتعة	١٣١
المبحث الثاني: نكاح المؤقت	١٣٦
المبحث الثالث: نكاح الشغار	١٣٨
المبحث الرابع: نكاح المحلل ـ الفرق بين نكاح التحليل ونكاح المتعة ..	١٤٢
الفصل الرابع: نتائج وتوصيات للبحث	١٤٩
نتائج البحث	١٥١
فهرس المصادر والمراجع	١٥٤
الفهرس	١٥٨